



**Universidad de Cuenca.**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales**

**Carrera de Derecho**



**“DERECHOS COLECTIVOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL AMPARO DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES DE 2015”**

**Monografía previa a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales.**

**Autor: Julio César Cárdenas Avila.**

**C.I.0106522998**

**Director: Dr. Marlon Tiberio Torres Rodas**

**C.I. 0301504643**

**CUENCA – ECUADOR**

**2016**



## RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, reconoce y garantiza derechos para los ciudadanos domiciliados en el país, entre ellos trabajadores/as y servidoras y servidores públicos.

En diciembre de 2015, la Asamblea Nacional del Ecuador, mediante el procedimiento de Enmienda Constitucional unificó el régimen laboral de las personas que prestan sus servicios laborales en las instituciones y organismos estatales, debiendo adecuarse la normativa legal y secundaria a esta modificación de la Carta Magna hasta junio de 2016.

En el presente trabajo abordaremos en su primer capítulo antecedentes históricos del derecho al trabajo en general y la legislación histórica que ha regido en nuestro país.

En el segundo capítulo nos centraremos en distinguir cuales son las características del régimen laboral público y del privado en Ecuador y realizaremos recomendaciones en relación a derechos individuales de los servidores públicos.

En el tercer capítulo haremos referencia a los Convenios Internacionales de la OIT ratificados y no ratificados por nuestro país.

En el cuarto capítulo estableceremos similitudes y diferencias entre las legislaciones regionales en razón del reconocimiento de derechos colectivos para servidores públicos.

En el capítulo cinco detallaremos criterios doctrinarios sobre los derechos de ejercicio colectivo, es decir: huelga, convenio colectivo y sindicalización en el sector público para finalmente en el sexto y último capítulo dar recomendaciones para la inminente reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP.

**Palabras clave:** Sindicato, Huelga, Convenio colectivo, sector público, enmiendas constitucionales, trabajo.



## ABSTRACT

The current Constitution of the Republic of Ecuador in since 2008 recognizes and guarantees the rights for Ecuadorian citizens, including private and public employees.

In December 2015, Asamblea Nacional of Ecuador, through the process of a Constitutional Amendment unified the labor regime of those who provide their professional services at institutions and state agencies; they must adhere to the legal and secondary legislation of this modification of the Carta Magna until June 2016.

In the first chapter of this research, we address a historical background in a general aspect about to the right to work, and the historical legislation that has been in our country.

In the second chapter, we will focus on distinguishing which are the characteristics of the public and private labor system in Ecuador, and we will make recommendations for regarding the individual rights for public employees.

In the third chapter, we will refer to the International Conventions, OIT, which have been ratified and which have not been ratified by our country.

In the fourth chapter, we will establish similarities and differences between regional legislation due to the recognition of collective rights for public employees.

In chapter number five, we will detail doctrinaire point of views about the collective rights, as: strike, collective bargaining and unionization in the public work industry; and finally, in the sixth and last chapter, we will give recommendations for the impending reform of the Organic Law on Public Service , LOSEP .

**Keywords:** Union, Strike, Collective agreement, public sector, constitutional amendments, unionization.



## INDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT .....	3
INDICE .....	4
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	7
DEDICATORIA .....	9
AGRADECIMIENTO .....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO I.....	12
1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO AL TRABAJO Y LA SINDICALIZACIÓN. ....	12
1.2 BREVE REFERENCIA A LAS RELACIONES LABORALES EN ECUADOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA.....	15
1.3 EL ESTADO COMO EMPLEADOR .....	20
1.4 HISTORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA .....	22
CAPÍTULO II.....	27
2.1. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ECUADOR .....	27
2.1.1 RÉGIMEN LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.....	27
2.1.2. NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO PRIVADO. 29	
2.1.3. NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO.. 32	
2.1.4. CUADRO COMPARATIVO .....	37
2.2. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS .....	38
2.2.1 CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR .....	38
2.2.2. LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, LOSEP. ....	41
2.2.2.1 En cuanto a los derechos .....	42
2.2.2.2 En cuanto a los deberes.....	47



2.3. DIFERENCIA ENTRE LOS DISTINTOS TIPOS DE SERVIDORES PÚBLICOS.	50
CAPÍTULO III.....	57
ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO .....	57
3.1. BREVE REFERENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. ....	57
3.2. CONVENIOS DE LA OIT RATIFICADOS POR EL ECUADOR .....	60
3.2.1 CONVENIO 087: SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SINDICALIZACIÓN .....	60
3.2.2. CONVENIO 098: SOBRE EL DERECHO DE SINDICALIZACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ....	62
3.3. LA NECESIDAD DEL NUEVO SINDICALISMO EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL ECUADOR.....	64
3.3.1 EL SINDICALISMO EN EL SECTOR PÚBLICO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	64
3.3.2. REFLEXIÓN. ....	65
3.3.3. CONVENIOS DE LA OIT NO RATIFICADOS POR EL ECUADOR.....	66
3.3.3.1 CONVENIO 151. SOBRE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. ....	67
3.3.3.2 CONVENIO 154.SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.....	72
CAPÍTULO IV. ....	76
LEGISLACIÓN COMPARADA EN DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO.....	76
4.1. CUADRO DE CLASIFICACIÓN.....	76
4.1.1 LEGISLACIÓN PARAGUAYA. ....	76
4.1.2 LEGISLACIÓN DE PERÚ. ....	80
4.1.3. LEGISLACIÓN COLOMBIANA .....	83
4.2. OTRAS LEGISLACIONES .....	90
CAPÍTULO V .....	95
DERECHOS DE EJERCICIO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO .....	95



5.1. ENMIENDAS CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LA UNIFICACIÓN DEL REGIMEN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO.....	95
5.2. CONCEPTOS GENERALES .....	97
5.3. LA SINDICALIZACIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	101
5.4. CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y LA HUELGA. ....	105
5.5. EL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PRIVADO Y LA IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO. ....	110
5.5.1. CONVENCIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO .....	110
5.5.2. REFERENCIA CONCEPTUAL DE CONTRATO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA. ....	111
5.5.3. OTROS INSTRUMENTOS DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA.....	113
5.5.4. ALTERNATIVAS PARA LA APLICACIÓN DE ACUERDOS ENTRE SINDICATOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL ESTADO EMPLEADOR. ....	114
5.5.4.1. EL ACUERDO PARTICIPATIVO, COMO RESPUESTA A LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE CONVENCIÓN ENTRE EL ESTADO Y SUS TRABAJADORES.....	115
CAPÍTULO VI .....	120
6.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA LOSEP .....	120
6.1.1. PROPOPUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DEL DERECHO A LA SINDICALIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO.....	120
6.1.2. PROPOPUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DEL DERECHO A LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO.....	124
6.1.3. PROPOPUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DE ACUERDOS COLECTIVOS DENTRO DEL ÁMBITO ADMINISTRATIVO EN EL SECTOR PÚBLICO.....	127
6.2. CONCLUSIONES.....	131
BIBLIOGRAFÍA.....	135



## CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca  
Clausula de propiedad intelectual

Julio César Cárdenas Avila autor de la tesis "DERECHOS COLECTIVOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL AMPARO DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES DE 2015", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 06 de junio de 2016.

Julio César Cárdenas Avila

C.I: 0106522998



## CLAUSULA DE DERECHO DE AUTOR



Universidad de Cuenca  
Clausula de derechos de autor

---

Julio César Cárdenas Avila, autor de la monografía "DERECHOS COLECTIVOS DE LAS Y LOS SERVIDORES PÚBLICOS AL AMPARO DE LAS ENMIENDAS CONSTITUCIONALES DE 2015", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor/a

Cuenca, 06 de junio de 2016

Julio César Cárdenas Avila

C.I: 0106522998





**Universidad de Cuenca.**

## **DEDICATORIA**

A mi amado hijo David Ignacio, razón de todos mis esfuerzos y alegrías.



## **AGRADECIMIENTO**

A mi familia en primer lugar, por ser mi soporte y motivación de vida: A mis padres Julio César y Marilú; mis hermanos Ariel, Tatiana y Elián; a Diana, mi esposa; y a mi hijo David.

A mis abuelos, en especial a Blanquita, quien al igual que mi madre son el mayor ejemplo de amor, apoyo incondicional y de trabajo incesante. A las dos, un especial reconocimiento.

A varios de mis docentes por sus enseñanzas, en especial al Dr. Tiberio Torres, quien ha sido un apoyo fundamental para cumplir con este trabajo.

A los compañeros de lucha, entre ellos Paúl y Diego que desde las aulas universitarias me enseñaron a que ponernos del lado del menos fuerte no es lo más conveniente, pero casi siempre es lo más justo.

A Dios y a la vida, por permitirme cumplir varios de mis sueños, la retribución de mi parte será el trabajo incesante.

La finalización de este trabajo, que refleja a su vez la culminación de mi etapa universitaria, no habría sido posible sin el apoyo de cada uno de ustedes. Mi gratitud es infinita.



## **INTRODUCCIÓN**

A partir de las Enmiendas Constitucionales del año 2015, la regulación de las relaciones laborales entre el Estado y sus trabajadores cambia, debiendo definirse hasta junio de 2016 las reformas que se aplicarán a diversos cuerpos legales, entre ellos la LOSEP, lo que configurará un reconocimiento distinto al actual, de los derechos tanto individuales cuanto colectivos de todos quienes trabajen para las instituciones y organismos estatales.

Al ser un tema de gran interés social, justamente porque el Estado ecuatoriano es el más grande empleador de nuestro país, tenemos que ha sido objeto de análisis coyunturales y sesgados de parte tanto de sectores afines al régimen, cuanto sus detractores; sin embargo, al ser inminente una reforma legal al cuerpo normativo que regula el servicio público, se busca, a través de este trabajo, contribuir con un análisis jurídico menos parcializado políticamente.

Al saber que el régimen jurídico de los obreros del sector privado tiene una naturaleza diferente al régimen que regula las relaciones laborales en el sector público, en razón de que se norman por diferentes ramas del derecho, este trabajo busca evidenciar esas diferencias, los beneficios y perjuicios que conlleva, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de los derechos colectivos, entendiéndose huelga, sindicalización y convención colectiva de los servidores públicos.

El análisis se lo realizará utilizando varios insumos tanto históricos, cuanto de legislación comparada y finalmente, propuestas legislativas concretas que se encuentran siendo tratadas en los actuales momentos en la Función Legislativa.



## CAPÍTULO I

### 1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO AL TRABAJO Y LA SINDICALIZACIÓN.

El trabajo, es una categoría que ha sido estudiada desde diferentes ámbitos a lo largo de la historia, a efectos de evidenciar algunos criterios que guiarán este trabajo monográfico - con un carácter introductorio - nos limitaremos a dar unos brevísimos antecedentes filosóficos e históricos de la concepción del trabajo y de quien lo ejerce.

Para Carlos Marx (1818-1883) el trabajo es consustancial al ser humano y la propiedad privada no es sino una consecuencia de dicho trabajo alienado cuyo resultado no le pertenece al trabajador sino al dueño de los medios de producción, convirtiéndose el trabajo del obrero en una mercancía más.

Vale la pena decir que para Marx, según su Teoría de valor-trabajo, existen dos tipos de valor: el valor de uso y el valor de cambio, el primero que se refiere a la aptitud que tiene un bien para satisfacer una necesidad y el segundo, que refiere al trabajo humano que se ha utilizado para realizar un bien, al que se le asigna un *precio* en medida de las condiciones de mercado y otras externas al bien y que le permite ser intercambiado por otra mercancía. El plus valor o plusvalía de ese bien (que resulta de restar del valor de cambio su valor de uso) pasa a ser de todas formas propiedad del empleador.<sup>1</sup>

Entonces, podemos entender de estas líneas que los frutos del trabajo, según el sistema político económico vigente como lo es el Capitalismo, no le pertenecen en su totalidad a quien los han trabajado, por efecto de la desapropiación de unos (trabajadores) y adjudicación de otros (empleadores).

Los estudios de quien fuera el creador del socialismo científico, sumado a postulados de autores de otras vertientes como el anarquismo, fueron el sustento teórico ideológico del movimiento obrero mundial, que comenzó a organizarse a través de sindicatos para defender los intereses de la clase social a la que se pertenecían, entiéndase el proletariado.

---

<sup>1</sup> Estos conceptos se evidencian en el trabajo del filósofo Carlos Marx, fundamentalmente en los tres tomos de su mayor obra de economía política: El Capital.



Este espacio, es una suma de individuos que buscan alcanzar a través de la organización, reivindicaciones de carácter económico, pero también sociales y políticas, entendiendo que según el marxismo estos deben cumplir con ciertos principios rectores, como son la solidaridad, que les permitirá actuar no solo por sus luchas propias sino por la de sus pares (otros sindicatos); el internacionalismo, que permita identificar la lucha del movimiento obrero en todo el planeta y no solo en su respectiva circunscripción territorial; independencia sindical, que significa no depender de las decisiones de sus patronos a fin de poder organizarse; la búsqueda del bien común, es decir que se encamine a defender no solo a la clase obrera sino también al resto de sectores de la sociedad, principalmente los vulnerables, entre otros.

Uno de los primeros antecedentes del sindicalismo se dio en el viejo continente, puntualmente en Inglaterra, cuyo movimiento obrero surge como una reacción ante el descontento de la revolución industrial. A decir de Víctor Alba *“el desarrollo del maquinismo provoca la decadencia del trabajo domiciliario. Los pequeños artesanos manuales y los pequeños campesinos que completaban sus ingresos agrícolas con el trabajo a domicilio se vieron privados de una parte esencial de sus medios de vida”* (Alba, 1964: 34-35)

Según Alba, La necesidad de las nacientes industrias del siglo XVIII hacen que los trabajos manuales vayan siendo desplazados por la máquina, y a su vez, sea necesario el conocimiento de una cantidad menor de obreros para operarlas, que incluso se debían movilizar de sus lugares de origen, rompiendo con las costumbres que desarrollaban en sus pueblos y ciudades sin las cuales se les haría imposible soportar -con menos desazón- la crisis. La elevada demanda de trabajo, hacía que crezca una rivalidad entre quienes querían ocupar un puesto dentro de las nuevas fábricas, sin embargo, ese mismo elemento hizo que confluyeran las individualidades de obreros para exigir trato justo<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Tanto de quienes encontraron trabajo pero sus condiciones eran extremas y sus salarios insuficientes, como de quienes se constituían como el “ejército de reservas”, es decir los desempleados.



Sin embargo la llamada Ley de pobres de 1834, no hacía sino reproducir los intereses de los propietarios de los medios de producción (máquinas)

En el año de 1886 se da uno de los más grandes antecedentes en lo que se refiere a la lucha obrera en el mundo, esto ocurre en Chicago, Estados Unidos, el 1 de mayo de ese año, cuando alrededor de ciento ochenta mil trabajadores salen a las calles a reclamar por condiciones dignas de trabajo, muchos de ellos incluso prendaron su vida por esta causa. En la actualidad esta fecha es conmemorada como el día Internacional del Trabajo.

En América Latina por su parte, los sindicatos empezarían a aparecer a finales del siglo XIX. En la época entre 1850 y 1880, en donde en palabras de Édouard Dólleans existía un *socialismo sin clase obrera* en relación a que según éste la difusión de las ideologías socialistas en América Latina es anterior a la formación de la clase obrera propiamente dicha. En este sentido, el autor manifiesta lo siguiente:

*“La precedente afirmación puede aparecer algo extraña. Sin embargo, no es difícil demostrar su sentido. El proletariado es una clase internacional y ese carácter se lo imprime el propio sistema capitalista. Por eso, al producirse migraciones de los países centrales – donde capitalismo y movimiento obrero estaban en pleno apogeo – entre los migrantes viajan trabajadores manuales e intelectuales que propugnan nuevas ideologías tanto en sus variantes utópicas como en el anarquismo y el marxismo. Así como el capitalismo dependiente en América Latina no implicó un desarrollo capitalista clásico, puesto que fue inducido “desde afuera”, tampoco el movimiento obrero en América Latina debió recorrer las fases del movimiento obrero como en Europa (...) En América Latina esas ideologías fueron trasplantadas, lograron cierta inserción entre artesanos y agitadores rurales, y “esperaron” históricamente que la clase obrera se formase”.* (Dólleans, 1960: 31-32)

En Ecuador, un antecedente inicial del movimiento sindical se remonta a inicios del siglo XX, cuando se realiza el primer Congreso de Trabajadores, que sería



el antecedente para que en su segundo congreso, que data del año 1920 se funde la Confederación Obrera Ecuatoriana.

Para los años 70 ya se habían conformado la CEDOCUT, CTE y CEOSL quienes convocan al primer paro nacional en 1975. Dos años más tarde se conforma el FUT, referente en aquel entonces de las luchas populares y obreras que se dieron en el país durante la década del 80, contra políticas gubernamentales que atentaban contra la estabilidad del país, como los denominados paquetazos.

Luego de estos años, entrando a la década de los 90, el movimiento sindical comienza a perder fuerza, principalmente por el debilitamiento del bloque socialista que lideraba la URSS -disuelta en 1991- y que era el referente ideológico de este tipo de organizaciones, además de las constantes medidas de los gobiernos de turno que debilitaron al sindicalismo principalmente por las reformas al Código del Trabajo en donde se veían disminuidos ciertos derechos, la persecución política a sus dirigentes, entre otros.

## **1.2 BREVE REFERENCIA A LAS RELACIONES LABORALES EN ECUADOR A TRAVÉS DE LA HISTORIA.**

El proceso independentista, viene desde los siglos XV al XVIII, tiempo por el que algunos líderes regionales como Tupac Amaru, Eugenio Espejo, Antonio Nariño entre otros, fueron faros de las ideas libertarias que finalmente se concretarían en el siglo XIX.

En la obra “El sindicalismo en el Ecuador” de Isabel Robalino Bolle, nos cuenta que en nuestro país, en los años cercanos a la independencia, las relaciones sociales, políticas y económicas estaban convulsionadas, tanto así que una vez llegada la tan anhelada independencia, los patriotas libertarios, en pasquines fijados en Quito, mencionaban “último día de despotismo y primero de lo mismo” (Robalino, 1992: 68)

Incluso se manifiesta que en la lucha por la independencia, la fidelidad entre quienes pertenecían a un bando y a otro, no era sólo de sus “pares”, pues quienes batallaban en contra de la corona española eran criollos con el apoyo



de Inglaterra; y, en el bando del Rey, incluso se contaban con varios indios que protegiendo el honor de España, batallaron en contra del ejército libertador.

Existía un descontento en las condiciones laborales que para esa época se trataban básicamente de relaciones de trabajo bajo el sistema feudal; y, en general, ya se venía acarreando un malestar por las condiciones de vida de la colonia, es por ello que la autora trae a consideración las palabras del historiador Pedro Fermín Cevallos quien manifestó: *“no podían darse la razón porque habían deseado tan solícitos una libertad huera cuando no hicieron más que pasar del despotismo español, al despotismo militar”* (Cevallos en Robalino, 1992: 71)

La primera relación de subordinación de trabajo en nuestro continente aun cuando no se aproximaba ni lo más mínimo a una relación laboral como la que tenemos en nuestros días, era la esclavitud, la misma que estaba amparada en disposiciones legales. En el contexto latinoamericano, durante las guerras de la independencia, los libertadores declararon libres a muchos esclavos, pero no desaparecía como tal dicho sistema.<sup>3</sup>

En el Ecuador, en 1830, el Congreso Constituyente prohibió el tráfico de esclavos con la excepción de quienes laboraban en agricultura y en minas, pero aún no la abolió de forma definitiva. Esta, se daría años más tarde, cuando en 1851 por Decreto del Jefe Supremo General José María Urbina, se condena a la esclavitud como un ataque a la religión, a la moral y a la civilización; sin embargo de aquello, el asunto fue aún objeto de largas discusiones durante el año siguiente de tomada la medida, sobre el tema central que era como se resolvería el pago de las indemnizaciones para la manumisión de los esclavos, de que fondos habían de provenir, y en qué plazos se habrían de dar. Finalmente en 1852 se emitió la ley que eliminaba esta apropiación de los hombres sobre otros hombres.

---

<sup>3</sup> Por ejemplo en Chile se termina la esclavitud en 1811; en Argentina, 1813; América Central 1824; Bolivia, 1825; México, 1828; Uruguay, 1842; Paraguay, 1844; Colombia, 1851; Perú, 1856; Venezuela 1858; Brasil 1888. (Alba, 1964: 64).





En la fundación del Estado Ecuatoriano, el país nace dominado por latifundistas, puesto que la mayoría de la población era campesina indígena y en donde la clase poseedora de la tierra hacía trabajarla con mínimos salarios, y en varios casos ese salario estaba comprendido dentro del huasipungo.

Lo dicho en el párrafo anterior, es reforzado por Enrique Ayala Mora que en su obra "Historia del Ecuador", en referencia a la fundación del Estado hace referencia a que desde la primera presidencia del Ecuador (Juan José Flores, 1830) el presidente electo por la Asamblea Constituyente de Riobamba en el mismo año, consolidó una alianza entre el gobierno y el "tradicional gamonalismo latifundista". La naciente república entonces surge sobre bases de explotación económica-social de los indígenas trabajadores del campo (Ayala, 1995: 77).

Isabel Robalino en su obra anteriormente mencionada, nos cuenta que las leyes de indias, que regulaban las relaciones de trabajo, protectoras del jornalero y labrador fueron finalmente sustituidas por el Código Civil de 1860 que colocaba el contrato de trabajo entre los casos de arrendamiento y que en su parte pertinente establecía el Título "El arrendamiento de criados domésticos y de jornaleros". Además relata, que los principios liberales que dejaron al trabajador – a título de libertad – a la merced de la explotación de los patronos, y afianzaron el sistema capitalista en el siglo XIX en Europa, fueron introduciéndose poco a poco en el Ecuador independiente (Robalino, 1992: 77)

En la época en donde gobernó García Moreno (1860-1875) se mejora de alguna forma la situación general del país por el aumento de ingresos fiscales, se inicia una obra histórica emblemática como lo es el Ferrocarril que fuera posteriormente culminado por el presidente, General Eloy Alfaro Delgado.

Mejoran así mismo las condiciones para el comercio, la pequeña industria y la agricultura. Sin embargo, la ligadura de este gobierno con la institucionalidad de la religión católica, hace que la industria sobre todo cacaotera que se encontraba en auge, remita un gran monto para el impuesto del diezmo y por



tanto desmejora cierta parte de la economía y subsidiariamente del trabajo. (Ayala, 1995: 81)<sup>4</sup>

Con Eloy Alfaro en sus dos períodos presidenciales hasta su muerte en 1912, se instauró un nuevo modelo de Estado, con una pelea incesante contra los poderes económicos de la época; la aprobación de una nueva Carta Magna que garantizaba el carácter de laico al Estado, además de la gran obra social y su obra central como fue culminar el Ferrocarril fue motivo de un reconocimiento no solo nacional sino de la región.

Hay que mencionar también que los poderes de terratenientes latifundistas (en la etapa de transición al capitalismo) seguían siendo fuertes para los finales de la vida de Alfaro y una vez finalizado su segundo período presidencial y luego de su brutal asesinato, los gobiernos siguientes instauraron las bases de lo que sería una época en donde el capital sobre todo banquero tomaría las riendas del país; no obstante la clase trabajadora siempre estaría presente en las variadas luchas emblemáticas que librarían de ahí en más, sobre todo por la influencia de las ideas revolucionarias de la URSS que se divulgarían y serían el motor del movimiento obrero ecuatoriano.

Un antecedente histórico importante de mencionarlo en esta parte introductoria del trabajo, es el de una de las luchas más emblemáticas del movimiento obrero de la época, nos referimos a la represión y asesinato de obreros del 15 de noviembre de 1922, descrito por Alfredo Pareja Diezcanseco de la siguiente manera:

*“Por esos días, la crisis que venía incubándose desde 1914, se presentó con agudeza... El costo de la vida subió tanto, que el pueblo clamó contra la miseria. Se advertían ya principios de organización sindical. Existía en Guayaquil la Confederación Obrera del Guayas. Y empezaron las manifestaciones...”*

---

<sup>4</sup> Luego de la muerte de García Moreno y antes del gobierno del General Eloy Alfaro la producción del cacao crece considerablemente, se exporta de forma masiva y sus grandes plantaciones crecen cada vez más por el trabajo incesante de los campesinos que hasta ese momento y durante toda la época comprendida entre 1875-1895 seguían recibiendo jornales insignificantes.



*Se decretó la huelga general. Durante una semana la ciudad de Guayaquil vivió sin alumbrado y sin abastecimientos para su mercado...*

*Un día, el 15 de noviembre de 1922, algún general, jefe de Zona de Guayaquil, resolvió liquidar la tirante situación a su manera. El pueblo, en una manifestación gigantesca se había dirigido al Gobernador para pedirle la libertad de unos presos, miembros de la Confederación Obrera... Después, al acercarse la manifestación... a las inmediaciones del cuartel de policía, la guardia hizo fuego.*

*Y cuando el pueblo huía, encontró que aquel general había situado estratégicamente sus tropas, por manera que estaban tomadas las calles laterales y no había por donde fugar.*

*Más de mil hombres fueron asesinados” (Pareja en Icaza, 2008: 15-16)*

El 9 de julio de 1925 durante la Revolución juliana, una junta militar tomaría el poder. Por estos años ya se venía gestando una alternativa política que representaba intereses de los trabajadores del país, de forma que entre los años de 1926 y 1928 se fundan el Partido Socialista y el Partido Comunista en el país, los mismos que durante al menos las siguientes tres décadas disputarían el poder, y servirían de sustento ideológico para la clase trabajadora del país.

A pesar de la creciente sindicalización en las décadas de los años 20 y 30, no es sino hasta el año de 1938 en el período presidencial del Gral. Alberto Enríquez Gallo que se expide el Código del Trabajo, el mismo que con las diferentes reformas llevadas a cabo a lo largo de los años sigue vigente en el país.

Posterior a esta época, se establecen diferentes escenarios políticos que no representaban sino a la oligarquía, pasando por varios golpes de Estado militares. El retorno a la democracia ocurre con la victoria de Jaime Roldós en 1979. Toda esta época no será tomada en cuenta dentro de este primer momento, sino más bien se irán desarrollando en los subsiguientes temas, en medida de la trascendencia histórica que tengan con relación al objetivo mismo de esta monografía.



### 1.3 EL ESTADO COMO EMPLEADOR

La revolución francesa de 1789 es un acontecimiento histórico que constituye una referencia fundamental en los Estados modernos, pues representa la transformación de un Estado feudal a uno capitalista y que una de sus consignas principales para este nuevo sistema, era el “dejar hacer, dejar pasar”, singular frase que a nuestro entender, significa que quienes pregonaban estas ideas veían al Estado como un simple administrador de la cosa pública, pero que en realidad quienes seguirían amansando las fortunas de sus pueblos y acumulándola en pocas manos eran los poderosos, los que tenían los medios de producción.

En este punto, vale mencionar cuando Ramiro Acosta, citando a los autores Jairo y Oscar Villegas manifiesta:

*“Concebido así el Estado, atenderá exclusivamente las funciones ejecutivas, legislativa, jurisdiccional y de seguridad nacional, esto es, las funciones denominadas propias, primarias o exclusivas del Estado como tal, lo demás corresponde a la iniciativa privada. Este estado, representa políticamente el grado de desarrollo económico de la nueva sociedad capitalista y de sus clases sociales. De ahí que esté concebido para permitir que broten y se desarrollen libremente las fuerzas del capital representadas bajo la sociedad feudal anterior” (Acosta, 1989: 24)*

El mismo autor, hace referencia entonces a que este papel del Estado, es un papel de “gendarme o policía” que realiza todo lo que según dichas consignas le correspondía, pero que en los temas económicos sería la iniciativa privada la protagonista.

Sin embargo, como ya analizamos anteriormente, la clase obrera tendría que salir en su momento a enfrentar los abusos que se generaban por esta dinámica, agudizando la lucha de clases sociales que en su momento devendría en otro hecho histórico como la Comuna de París, que se da en 1870 y 1871 y que entre los meses de marzo y mayo de 1871, instauró un gobierno dirigido por representantes del proletariado, los mismos que entre sus



primeras medidas, ordenaron la abolición del trabajo nocturno, reducción de la jornada de trabajo, concesión de pensiones a viudas y huérfanos (Comuna de Paris. s.d.).<sup>5</sup>

Para Acosta estos hechos hicieron ver a la burguesía la necesidad política y económica de que ese tipo de Estado (capitalista) además de las funciones propias –las llamadas de gendarme- debe, necesariamente, intervenir en las situaciones políticas pero también económicas y a desarrollar nuevas funciones. Entonces surge un nuevo papel, como un estado “interventor” que participa en los ámbitos económicos antes exclusivos de los particulares, ya sea para regular la economía, para competir con el privado o haciendo pactos para prestar servicio o generar productos.

Entonces, el Estado viene a tener una doble personalidad: ejerciendo sus funciones propias e indelegables (políticas) a través de las diversas funciones o poderes como lo son el ejecutivo, legislativo y judicial; y por otra parte también como interventor, gestor o competidor en las actividades -económicas fundamentalmente- de los particulares.

La conclusión a la que llega Acosta de lo anterior, es que los servidores públicos vienen a ser los trabajadores del Estado gendarme, que realiza actividades políticas quienes deberán ser regidos por el derecho administrativo; y por otro lado los obreros que prestan servicio a ese otro papel del Estado, el de interventor es decir quien produce y genera valor agregado a lo que produce; en este caso los trabajadores tendrían una relación laboral propiamente dicha y estarían regidos por el derecho laboral. (Acosta, 1989: 25)

En nuestro país, existe en la actualidad un régimen jurídico propio para las empresas públicas, que dista de lo que propone el autor, en tanto que si bien el modelo capitalista en el que vivimos sigue dando ventajas para que los actores privados reproduzcan el modelo de explotación del hombre por el hombre y generen plusvalor de los productos que finalmente serán comercializados en el mercado, las empresas públicas no son su antítesis, pues estas tienen un

---

<sup>5</sup> Esta experiencia sirvió como inspiración para la revolución de octubre 1917 en la URSS.



sentido más encaminado hacia el servicio, buscan poder dar alternativas al usuario y evitando el monopolio del privado, reinvertir las ganancias en el mismo Estado, y retribuir salarialmente de una manera justa y digna a sus trabajadores. Además, empresas como Petroecuador, Empresas Eléctricas y otras que manejan sectores estratégicos, bajo el modelo constitucional vigente tienen una tarea de salvaguardar los recursos estatales en miras a favorecer a la colectividad, situación que en el pasado del país fue diferente, pues se daban concesiones a privados que causaron graves vulneraciones sociales y económicas e incluso fueron responsables de daños medioambientales como el caso de Chevrón –Texaco. En nuestro país lo que existe sí, es un estado regulador, que a través de la Función de Transparencia y Control Social y sus superintendencias, controlan las actividades económicas de los particulares que servirá, en palabras del autor, para regular la economía.

#### **1.4 HISTORIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**

Durante toda la historia de nuestro país desde que se funda como república, existieron variadas normas que regulaban la actuación de los presidentes y funcionarios de alta jerarquía (actuales ministros).

Efraín Pérez en su obra “Administración Pública Ecuatoriana” nos cuenta que la Constitución de Ecuador de 1830 contemplaba que dentro del poder ejecutivo se debería tener un “Ministerio de Estado” que se encargaría de asistir al presidente en dos acciones: gobierno interior y exterior y hacienda (Pérez, 2014: 27-28). Esa misma Constitución determinaría que para la organización administrativa se deba cumplir con lo dispuesto en la Ley sobre Organización y Régimen Político y Económico de los Departamentos y Provincias, que regía cuando este territorio era parte de la Gran Colombia. Esta ley calificaba como autoridades a los intendentes de departamentos, gobernadores de provincias, jefes políticos y alcaldes municipales; y el último capítulo se destina a la tipificación de las incorrecciones de los empleados públicos y las sanciones correspondientes (Garvay, 2014: 43).

Además en la siguiente constitución de 1935 existirían tres ministros:



- El que se encargaría de Interior y Relaciones Exteriores
- Quien estuviera al frente de Hacienda
- Y finalmente, el ministro de Guerra y Marina

Durante este primer período, podemos decir que la administración pública y los servidores públicos, se regían bajo normativa que venía de la colonia, pues como lo dijimos en momentos anteriores, la independencia y las primeras épocas de la república las estructuras políticas jurídicas del país seguían muy marcadas por la herencia española, incluso se llegaban a ordenar que leyes de dicho país sean aplicadas íntegramente en el recientemente fundado Ecuador.<sup>6</sup>

Ya en el siglo XX, particularmente en la época de la revolución juliana (1925), con la participación del movimiento sindical y organizaciones sociales, se inicia una transformación de la Administración Pública, el Estado comienza a controlar aspectos que antes no se encontraban siendo tomados en cuenta y por ende se requiere una burocracia más especializada.<sup>7</sup>

Las políticas públicas del Estado responden a proteger la naciente industria nacional y el manejo adecuado de las finanzas públicas, motivo de ello se crea la **ley de Hacienda en 1927**, la misma que sería reformada al año siguiente, el mismo año que se elabora una Constitución de avanzada, a tono de la renovación política de la época. Isidro Ayora como presidente, buscó ampliar el control del Estado, vigilar a la empresa privada y atender necesidades sociales. Su principal aporte fue la creación del Banco Central del Ecuador en 1927.

Alfredo Pareja Diezcanseco, sobre aquel gobierno señala que:

---

<sup>6</sup> En lo que se refiere al marco legal que regiría a los servidores públicos, en 1843 se expide la primera ley ecuatoriana propiamente sobre el tema. (Pérez, 2014: 28).

<sup>7</sup> La misión Kemmerer que estaba dirigida por los Estados Unidos, cumplía con la función de elaborar informes que justamente serviría de base para las reformas planteadas en la época. Dichos informes eran básicamente de carácter económicos y lógicamente tendientes a la vulneración de derechos sociales.





*“Además del gobierno de Ayora débese recordar la política de vialidad, la canalización y pavimentación de Guayaquil, la Ley de Asistencia Pública, la Ley de Sanidad, de Monedas, Orgánica y Arancelaria de Aduanas, de Hacienda, Jubilación, Montepío Civil, Impuesto a las Herencias, Contrato Individual de Trabajo, duración máxima de la jornada, descanso semanal, reglamentación del trabajo de mujeres y de la protección a la maternidad, desahucio del trabajo, responsabilidad por accidentes... Esto es, sin duda, bastante hacer.*

*Como consecuencia del estudio que la misión Kemmerer hiciera de la situación monetaria, se acordó dar al sucre una paridad reajustada a la realidad. La devolución a cinco sucres por dólar produjo al gobierno una ingente utilidad, que se invirtió en obras públicas, pero desgraciadamente también en exceso de burocracia. Fue ésta una de las faltas de la administración Ayora: el excesivo gasto fiscal, agravado por nuestras tributaciones. Volvióse a tomar por los caminos de la inflación, en este caso debido a una errónea política de enriquecimiento gubernativo que conllevaba el empobrecimiento general, por el crecimiento del gasto público y el alza de precios” (Pareja, 1982: 66)*

La Ley de Hacienda, era la encargada de determinar las responsabilidades del Tribunal de Cuentas<sup>8</sup> pero en su contenido incluyó normativa sobre presupuestos públicos, funcionarios públicos y contratación pública.

En el título V de dicha ley se trata de los Funcionarios y Empleados Públicos y se empieza a regular sus relaciones jurídicas, especialmente en lo que se refiere a las responsabilidades de los mismos. Al ser la ley de la Contraloría General, mencionaba que este organismo tenía capacidad para remover a empleados públicos cuando estos no tenían la capacidad suficiente, o cuando se cometían actos de corrupción, entre otras causas.

En esta época, se aprobaron otras leyes que regulaban someramente el régimen laboral de servidores públicos, pero ni siquiera la Ley de Hacienda planteaba un sistema completo de normas que abarcaren por ejemplo

---

<sup>8</sup> Hoy, Contraloría General del Estado.





derechos, garantías, beneficios de quienes cumplían su rol como trabajadores del Estado, más bien tenía el ánimo de reconocer a quienes manejarían los recursos del Estado y las formas para castigarlos.

La Ley de hacienda estuvo vigente hasta 1977, fue reemplazada por la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, que posteriormente se derogaría por las leyes que actualmente están en vigencia, tanto de Planificación y Finanzas Públicas, como la Ley de la Contraloría General del Estado.

En 1949 durante la presidencia de Galo Plaza Laso, se elaboró un proyecto de Ley de Carrera Administrativa, que recogía varias medidas importantes para el buen desempeño y el correcto tratamiento en lo referente a derechos y obligaciones de los servidores públicos, sin embargo por la algidez política de la época, y a pesar de varios intentos de ponerla en vigencia, no se la pudo aprobar.

El 6 de marzo de 1964 la Junta Militar que gobernaba el país en aquel entonces mediante Decreto Supremo, se promulga la **Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa**, en cuyos considerandos, se establecía que para impulsar la transformación económica y social del pueblo ecuatoriano, y garantizar un eficiente servicio a la comunidad, es indispensable mejorar la Administración Pública, mediante el establecimiento de un sistema técnico de administración del personal civil de las dependencias del Estado, basado en el mérito, que es deber inherente a un Estado democrático el otorgar iguales oportunidades de ingreso y progreso en el servicio público a todos los ecuatorianos sin discriminación, sin perjuicio de considerar la especialización y práctica en las labores para efectos del pago de los servicios por parte del Estado; y, que es necesario garantizar a los servidores públicos probos y eficientes, estabilidad en sus cargos, las mejores condiciones posibles de trabajo dentro de un sistema de carrera administrativa y la aplicación del



principio universal de que, a igual trabajo corresponde igual remuneración y con ello ya se sentaban las bases de una homologación salarial<sup>9</sup>.

En esta ley, se hablaba ya de manera explícita de los derechos y obligaciones de los servidores públicos, por ejemplo en el régimen sancionatorio se establecía la prohibición del nepotismo; en lo relativo a los derechos, se permite la **asociación** de servidores públicos, pero se prohíbe las huelgas, a pesar de que en la Constitución de 1968 se reconocía este derecho, probablemente por el hecho de que en ese mismo año, se reconoció por parte de nuestro país el Convenio 87 de la OIT (Garvay,2014:49). Sin embargo en la constitución de 1979 no se incluye el derecho a la huelga tan solo se lo reconoce en el sector privado, pero de ello hablaremos más adelante.

En la constitución que antecede a la vigente, se estableció la diferenciación del régimen laboral en el sector público, puesto que establecía que quienes cumplían labores de trabajo físico es decir los obreros, debían estar amparados por el Código del Trabajo a diferencia de quienes cumplían labores administrativas.

En la misma norma suprema de 1998, se establecía que sería la ley correspondiente la que deba establecer derechos y obligaciones de servidores públicos, dichos preceptos serían tomados en cuenta en la elaboración de la **Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa** expedida en 2003.

En este cuerpo legal se establecen derechos tales como formar asociaciones, así como obligaciones y restricciones como el hecho de que se prohibía paralizaciones en los servicios públicos, bajo pena de destitución.

En la actual Ley Orgánica de Servicio Público, se establecen derechos y obligaciones para las y los servidores públicos, enmarcadas en la Constitución de 2008; esta ley será justamente el objeto de análisis en los subsiguientes capítulos.

---

<sup>9</sup> Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Codificación de 1978, Registro Oficial 574 del 26 de abril de 1978.



## CAPÍTULO II

### 2.1. DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ECUADOR<sup>10</sup>

#### 2.1.1 RÉGIMEN LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Constitución del Ecuador en el Capítulo “Trabajo y Producción”, señala en su artículo 325 lo siguiente:

**“Art. 325.-** El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores” (Constitución del Ecuador, 2008).

Así mismo en su artículo 326 dispone:

**“Art. 326.-** El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:  
(...)

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y

---

<sup>10</sup> Hasta ahora hemos hecho un repaso histórico de las normas que han regido las relaciones laborales en el país, en el presente capítulo nos enfocaremos a la debida diferenciación entre el régimen laboral privado y público y dentro de este último expondremos el régimen constitucional y legal del servidor público y las diferencias entre quienes laboran en el mencionado sector.



transparente con alternabilidad en la dirección.

9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos,



quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales **y demás servidores públicos**, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Bajo este régimen, los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la Ley. En virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, solo habrá contratación colectiva para el sector privado” (Constitución del Ecuador, 2008).

En este último artículo traemos a consideración los numerales que tienen relación directa con el objeto de este trabajo, pues si bien la enmienda a la Carta Magna plantea unificar el régimen laboral en el sector público, no hay aún disposición legal alguna que se oriente a hacer efectivo ese mandato.<sup>11</sup>

### **2.1.2. NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO PRIVADO.**

Tenemos que iniciar diciendo que el derecho de trabajo es un derecho especial, en palabras de Jorge Vásquez López es un derecho “mixto público y privado” (Vásquez, 2013: 24-29) puesto que en este existe evidente vinculación entre estas ramas del derecho y que a pesar de pertenecer al Derecho privado contiene normas imperativas sujetas al control del Estado, existiendo así una relación directa con el Derecho Público que lo controla y lo protege. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las relaciones laborales en el derecho de Trabajo, el autor reflexiona que después de la vigencia del Mandato Constituyente N°8 que rige desde el 1 de mayo de 2008, se desprende las siguientes características:

“1.- Le relación laboral es directa y bilateral, (...) se eliminó lo que en nuestro medio se conoce como “la tercerización”

---

<sup>11</sup> Los artículos 325 y 326 hacen notar algunas de las coincidencias fundamentalmente en lo que se refiere a derechos colectivos, que se dan -o se van a llegar a dar- entre los trabajadores del régimen privado amparados por el Código del Trabajo y aquellos servidores públicos regidos por la LOSEP cuando esta última norma mencionada, finalmente se ponga a tono con el recientemente modificado marco constitucional.



2.- Además, prohibió la relación contractual por horas, el fraude, la simulación de la relación laboral mediante contratos de servicios profesionales o servicios prestados, y el enriquecimiento injusto en materia laboral. Estas reformas buscan que los empleadores asuman directamente sus obligaciones patronales y no las eludan con ciertas tretas legales utilizando empleados bajo la dependencia de otras empresas empleadoras o intermediarias” (Vásquez, 2013: 24-29)

Entonces, la relación laboral en el sector privado, deberá ser bilateral, **por un acuerdo de voluntades** y sin intermediación.

El Artículo 8 del Código del Trabajo en relación al Contrato Individual de trabajo establece que *“es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre”* (Código de Trabajo, 2016).

Este mismo cuerpo normativo establece que trabajador es la persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra; este puede ser empleado u obrero.

De la definición de Relación Laboral se desprenden varios elementos, que Vásquez López diferencia de manera acertada, a saber:

- 1.- Es un acuerdo de voluntades.- por lo tanto es consensual, y las partes tienen libertad absoluta para establecer las condiciones del contrato
- 2.- Sirve para la ejecución de una obra o la prestación de servicios lícitos y personales, es decir actividades válidas y permitidas por la ley. Estas acciones las debe realizar en forma personal y directa el trabajador
- 3.- Debe existir relación de dependencia entre el trabajador para con el que contrata.

La dependencia viene a ser la subordinación que tiene el trabajador para con el empleador, de quien recibe las ordenes y está obligado a cumplir. El autor plantea que el trabajador debe respetar las decisiones que adopte el empleador



sobre actividades administrativas, disciplinarias y de ejecución de tareas dentro de la empresa (pág 29) precepto con en que particularmente no estaríamos totalmente de acuerdo, pues siempre que dichas orientaciones dadas por el empleador sean perjudiciales para su integridad o menoscabe sus derechos, éste tendrá el derecho de ejercer las acciones a que hayan lugar, como la huelga.

4.- Debe existir una retribución económica, como contraprestación a los servicios realizados. Según el Código puede ser fijada esta remuneración mediante ley, por acuerdo entre las partes, por las estipulaciones del contrato colectivo o la costumbre. Particularmente creemos que las remuneraciones de los contratos individuales en general son preestablecidas por la parte fuerte de la relación laboral, es decir impuesta unilateralmente por el empleador, que salvaguardando sus intereses particulares y siempre que la tarea a efectuar no requiera conocimiento tecnificado o profesional, o que no se necesite una habilidad adicional, siempre optará por fijar el “básico” que le permita la ley. Por otra parte, los contratos de costumbre en Ecuador eran formas de precarización laboral que hoy, por mandato Constitucional y normativa legal como La Ley de Seguridad Social o las últimas reformas al Código del Trabajo, han dejado de ser la fuente de inequidad como lo eran en el pasado, y se reglan de manera adecuada, al menos su *deber ser* es ese, aunque aún se vulneren derechos de este tipo a diario. (Vázquez, 2013: 24-29)

**Tipos de contratos de trabajo.**- Al respecto el Art. 14 del Código de Trabajo establece lo siguiente:

*Contrato tipo y excepciones.- El contrato individual de trabajo a tiempo indefinido es la modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, su extinción se producirá únicamente por las causas y los procedimientos establecidos en este Código.*

*Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior:*



- a) *Los contratos por obra cierta, que no sean habituales en la actividad de la empresa o empleador;*
- b) *Los contratos eventuales, ocasionales y de temporada;*
- c) *Los de aprendizaje; y,*
- d) *Los demás que determine la ley. (Código de Trabajo, 2016).*

Adicionalmente por efectos de las últimas reformas efectuadas en el ámbito laboral hay que tomar en cuenta que:

- Se eliminó el contrato a plazo fijo porque era atentatorio contra el derecho a la estabilidad laboral de las personas;
- Así también ahora existe la posibilidad de pactar un periodo de prueba con duración máxima de noventa días en todo contrato de plazo indefinido, siempre que se lo celebre por primera vez (anteriormente no había la obligación de ser accesorio a un tipo de contrato, podría celebrárselo independientemente). Durante el transcurso de este tipo de contrato se puede dar por terminado la relación laboral a petición de cualquiera de las partes sin que exista la obligación de pagar indemnización alguna;
- En marzo de 2016 entraron en vigencia las reformas al Código, que incorporan el Trabajo Juvenil a las modalidades de contrato Individual del Trabajo. Esta figura tiene ciertas particularidades que permiten la inclusión en el mundo laboral de ciudadanos que ejercerán su primer empleo y que tengan entre 18 y 26 años, además de otros requisitos.

### **2.1.3. NATURALEZA DE LA RELACIÓN LABORAL EN EL ÁMBITO PÚBLICO**

Diego Younes Moreno, nos hace conocer algunas de las teorías sobre la naturaleza de la vinculación en la función pública. A continuación detallamos la clasificación que realiza:

- a) *“Teoría unilateral. Según esta teoría, afirma, la relación del servicio se regula unilateralmente por el Estado, y no requiere por lo tanto el consentimiento del agente público. Se trata de obligaciones impuestas por el poder público. Algunos autores alemanes -continúa- concibieron la función pública como una*





*obligación de servir, impuesta unilateralmente por el Estado, que no admitía la existencia de contrato alguno.*

- b) Teoría contractual. Esta tesis sostiene que la relación entre el Estado y sus trabajadores es de naturaleza contractual, en la que interviene la voluntad del Estado y la del propio trabajador. Ambas voluntades se subordinan al orden jurídico para definir su propia situación.*
- c) Teoría del acto condición. El acto condición deriva de la voluntad del Estado y del efecto jurídico que origina en el nombrado. Se condiciona a ese caso particular la aplicación de las disposiciones legales preexistentes que regulan la relación establecida.*
- d) Teoría del estatuto legal y reglamentario. Las relaciones del Estado con sus trabajadores se regulan de manera estatutaria o reglamentaria. Los derechos y obligaciones de los servidores públicos se fijan en leyes y reglamentos, mediante actos unilaterales del Estado en los cuales se fijan las condiciones que se juzgan necesarias para el servicio, sin que intervenga la voluntad del agente, pues estas regulaciones son facultad exclusiva de los poderes públicos. El funcionario además de los derechos que le reconoce la ley, tiene obligaciones que aseguran el interés del servicio. Esta teoría del servicio civil, descansa en la consideración de que el Estado es quien debe vigilar porque se asegure el interés general y las ventajas” (Younes, 2001: 48-49)*

En nuestro país, a nuestro criterio rige la Teoría del estatuto legal y reglamentario, en razón de que en el primer inciso del artículo 16 de la LOSEP se dispone que: *“Para desempeñar un puesto público se requiere de nombramiento o contrato legalmente expedido por la respectiva autoridad nominadora.”*

El nombramiento según el Art. 13 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Servicio Público es *“un acto unilateral del poder público expedido por autoridad competente o autoridad nominadora mediante la expedición de un decreto, acuerdo, resolución, acta o acción de personal, que otorga capacidad para el ejercicio de un puesto en el servicio público”.*

Quiere decir que no puede existir un acuerdo de voluntades en las condiciones del trabajo ni en la remuneración como ocurre en el sector privado, puesto que la autoridad nominadora expide un nombramiento mediante un acto unilateral, dicho nombramiento contará con ciertas características como son:



- Categoría: servidor público grado 1,2, y sucesivos; servidor público de apoyo; servidor público municipal, etc.;
- Remuneración según la categoría;
- Perfil a cumplir por parte del funcionario;
- Tarea específica a desempeñar.

Los tipos de nombramientos son: Permanente; Provisional; De libre remoción; y,

De periodo fijo.<sup>12</sup>

**Permanentes.-** Son aquellos que se expiden para llenar vacantes mediante el sistema de selección previsto en la LOSEP. El acto administrativo que emite finalmente el nombramiento para el servidor que ocupará la vacante, es efectuado en función de un determinado reglamento para el concurso de méritos y oposición que le antecedió, el mismo que tiene sustento en la Ley Orgánica de Servicio Público, en especial en su Art. 5 literal d.

**Provisionales.-** En el Art. 17 literal b, se establecen los diferentes casos por los que se pueden expedir este tipo de nombramientos, como en efecto se expiden para ocupar:

- b.1) El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;
- b.2) El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia sin remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;
- b.3) Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;
- b.4) Quienes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,

---

<sup>12</sup> Artículo 17 de la LOSEP.



b.5) De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior. (LOSEP, 2010).

**De libre remoción.-** Podemos decir que estos al igual que los provisionales no son tomados en cuenta dentro de la carrera del servicio público; son de carácter excepcional y según el Artículo 83 de la ley que rige el servicio público, entre los servidores que de manera obligatoria deben ocupar este cargo están:

- Las o los ministros, viceministros y subsecretarios de Estado;
- Las o los titulares de los organismos de Transparencia y Control Social, de Control y Regulación y las segundas autoridades de estos organismos;
- Las o los secretarios y subsecretarios comprendidos en el nivel jerárquico superior;
- Las o los puestos de coordinadores y subcoordinadores nacionales;
- Las o los directores y gerentes, subdirectores y subgerentes en todas sus categorías y niveles;
- Las o los presidentes y vicepresidentes ejecutivos;
- Las o los secretarios generales y prosecretarios;
- Las o los intendentes de control;
- Las o los asesores;
- Las o los procuradores síndicos;
- Las o los gobernadores;
- Las o los intendentes, subintendentes, comisarios de policía y comisarios de la mujer y la familia;



- Las o los jefes y tenientes políticos;
- Las o los coordinadores generales e institucionales; y,
- Las o los directivos de las instituciones educativas públicas del Sistema Nacional de Educación.

**De periodo fijo.-** En la disposición general octava de la LOSEP se establece que dignataria/o, es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Pero no solo son las que detallamos en el párrafo anterior, sino también aquellas personas que son nombrados para ejercer un puesto en el servicio público por un periodo determinado por mandato legal, como los integrantes de las juntas de protección de derechos, consejeros del Consejo de Participación Ciudadana Control Social, entre otros.

**\*Contratos ocasionales.** Este tipo de contrato tiene una naturaleza excepcional (o como su nombre lo expresa, ocasional). Actualmente se lo puede suscribir por doce meses como la posibilidad de renovarlo por doce meses más. No existe estabilidad en sus empleos, puesto que no ingresan a la carrera del servicio público.

Reflexionando sobre este tipo de contrato, debemos decir que puede ser un mecanismo importante para “sacarle de apuros” a la institución pública que requiera de manera urgente los servicios de personal para satisfacer “necesidades institucionales” como plantea el Art. 58 de la Ley; sin embargo, con la unificación laboral en el sector público, la suscripción de estos puede constituirse como una regresión de derechos de quienes en su momento hubieren ingresado al sector público como obreros con contrato indefinido y hoy a efectos de la aplicación de la Constitución enmendada podrían ingresar con un contrato de máximo 24 meses.



Por eso, es indispensable la reforma del carácter tan limitado de este tipo de contratos, en medida de que puede ocasionarse precarización laboral, perdida absoluta de estabilidad y regresión de derechos de los servidores públicos.<sup>13</sup>

#### 2.1.4. CUADRO COMPARATIVO

<b>CONTRATO DE TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO</b>	<b>NOMBRAMIENTO Y CONTRATOS DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO</b>
Regido por un derecho mixto, es privado pero en permanente control por parte de la entidad estatal.	Regido por un derecho eminentemente público.
Regulado por el Código del Trabajo	Regulado por la LOSEP y su reglamento general.
Diferentes tipos de contratos de trabajo. Se aplica el principio de legalidad de la siguiente manera: lo que no se encuentra expresamente prohibido está permitido. Se puede contratar cualquier tipo de obra o servicio en el sector privado, siempre que sea sobre un objeto lícito.	Diferentes tipos de nombramientos, con características definidas previamente por la administración. Se aplica el principio de legalidad de la siguiente manera: Lo que no se encuentra expresamente permitido, está prohibido
Prima el acuerdo de voluntades, al	Las condiciones del contrato son un

<sup>13</sup> Dentro de la reforma a la LOSEP que será motivo de análisis al final del presente trabajo, se plantea que se cree contratos ocasionales de al menos 24 meses, con la renovación de otros 24 meses adicionales de ser necesario. Una vez que se haya renovado ese contrato, se deberá iniciar los trámites para la creación de un nombramiento provisional, generando mayor estabilidad a los contratados.

La propuesta gira también en torno a generar dos categorías de servidores públicos: la primera que aglutine a los trabajadores (antes obreros, hoy servidores) que realicen labores que requieran una cierta experticia, conocimientos o preparación, como los choferes por ejemplo; y, otra que no requiera dichas destrezas o conocimientos, dígame conserjes, entre otros. A todos ellos, se les deberá reconocer al menos la posibilidad de laborar por períodos fijos de 24 meses, que puedan ser renovados cada 24 meses de manera indeterminada. Solo de esa forma nos podríamos acercar en parte a lo que ellos se hubieran regido por el Código del Trabajo.



menos teóricamente.	acto unilateral por parte de la Administración Pública.
Por efecto de la recientemente aprobada “Ley de Justicia Laboral” ya no amerita su inscripción ante ningún organismo administrativo.	Inscripción ante la Unidad Administrativa de Talento Humano de la respectiva institución.

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: Código de Trabajo y LOSEP

## **2.2. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS**

### **2.2.1 CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR**

En la Asamblea Constituyente de 2008 que dio luz a la Norma Suprema vigente, se trastocaron varias estructuras de la sociedad ecuatoriana que venían constituyéndose como fuentes de desigualdad que favorecían a ciertos poderes fácticos influyentes en el país. Para efectos de este trabajo vale mencionar el carácter privatizador que tenía la Constitución anterior, que permitía mediante figuras como la delegación, entregar a privados la gestión de lo público como por ejemplo el manejo de sectores estratégicos y la prestación de servicios públicos (Constitución de Ecuador, 1998. Derogada). Esto cambió en la Constitución actual y se dio una especie de reapropiación de lo público, delimitando la exclusividad de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos por parte del Estado; manda también a que los servicios públicos solo puedan ser prestados por el Estado salvo que de manera excepcional pueda entregar su ejecución a la iniciativa privada en lo que refiere por ejemplo a servicios públicos impropios como el transporte público o en el caso del servicio público de agua potable en donde se puede generar políticas publicas entre los sectores público y comunitario. De ahí en más, los servicios públicos vitales serían potestad estatal y además deben ser prestados de manera gratuita como la educación y la salud y con criterios de eficiencia y calidad (Constitución del Ecuador, 2008).



Otra innovación en la Constitución vigente es la creación de dos funciones del Estado a más de las tradicionales Ejecutiva, Legislativa y Judicial; estas son: Transparencia y Control Social y función Electoral. Las dos últimas que mencionamos tienen sus antecedentes en instituciones que ya existían antes de la promulgación de la Constitución de 2008, sin embargo ahora se les establecerían nuevas responsabilidades y de mayor trascendencia como por ejemplo la de hacer que la gente ejerza la participación ciudadana en miras a empoderarse y ser parte de la toma de decisiones a la par de quienes ejercen el poder político, que hasta el momento no podemos decir que se lo cumple a cabalidad, pero el espíritu de dichas normas es ese.

Todo este nuevo aparataje estatal, *refunda* -por decirlo de alguna forma- la institucionalidad del Estado, por lo que el servicio público debe tener ciertas cualidades, debe cumplir con obligaciones y debe consignársele derechos claramente establecidos.

La Constitución del Ecuador por su parte define al servidor público como la persona que en cualquier forma o a cualquier título trabaje, preste servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Por efecto de la recientemente aprobada enmienda Constitucional, se eliminó el inciso que establecía que las y los obreros del sector público se regirán al Código del Trabajo, en medida de que todos y todas quienes ingresen a laborar en instituciones estatales a partir de la puesta en vigencia de la mentada enmienda, se constituirán en servidores públicos.

Así mismo dispones la Carta Magna que los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables y que la ley regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones.<sup>14</sup>

En lo referente a derechos y obligaciones, en su Artículo 11 numeral 2 plantea que “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la

---

<sup>14</sup> Art. 229 de la Constitución del Ecuador.



interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (Constitución del Ecuador, 2008).<sup>15</sup>

Así mismo en el Artículo 76, en lo referente a la motivación, se establece la responsabilidad de los funcionarios a motivar las resoluciones o sentencias, so pena de sanción.

El artículo 86 manda a que se cumplan las sentencias por parte de los funcionarios públicos llamados a hacerlo, en tanto que si no lo hacen, podrán ser destituidos.

Otro de los derechos que les reconoce la Carta Magna en su artículo 113 es el derecho a ser candidatos a cargos de elección popular, en tanto cumplan con ciertos requisitos como por ejemplo que tengan nombramiento y que soliciten licencia sin sueldo. En el caso por ejemplo de candidatos a miembros de juntas parroquiales que hayan ganado dicha representación, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes.

En el artículo 120, se le otorga a la Asamblea Nacional la potestad de fiscalizar los actos de las diferentes funciones del Estado y particularmente de los funcionarios públicos, pudiendo ser requeridos estos de información a través de comparecencia al organismo legislativo o documentación del acto u actos fiscalizados.

El artículo 223 dispone que las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

---

<sup>15</sup> En definitiva es el principio pro operario aplicado a funcionarios que cumplan actividades en el sector público.





Existen otros articulados que tratan particularmente de funcionarios judiciales y legislativos, sin embargo al tener ellos leyes que regulan propiamente sus actividades, por tanto no serían motivos del presente análisis.

### 2.2.2. LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, LOSEP.

En lo referente a la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP, esta fue expedida en el mes de octubre de 2010 por mandato de la disposición transitoria primera, numeral sexto de la Constitución; esta sustituyó a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, LOSCA.

La estructura es parecida entre ambas normas, particularmente porque entre una y otra no existe mayor diferencia temporal, a diferencia de las que las anteceden y que fueron objeto de análisis en el capítulo anterior.

Sin embargo, la vigente LOSEP al momento de ser expedida debió enmarcarse en el nuevo esquema constitucional de 2008, que ordena regular las actividades laborales de una mayor cantidad de funcionarios públicos, exceptuando solo a quienes tenían regulación en otra ley específica, tal es el caso de la Función Legislativa, Ejecutiva, Docentes de las Instituciones de Educación Superior, servidores de Empresas Públicas.<sup>16</sup>

Según el Artículo 4 de la LOSEP, serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Tal como en la Ley de Empresas Públicas, en la LOSEP no se establece actualmente el derecho a huelga para los servidores públicos, realidad que por efecto de la Reforma Constitucional de 2015 va a modificarse y será motivo de análisis al final de este trabajo; sin embargo, es importante hacer notar que los **obreros** del sector público si tenían y seguirán teniendo las facultades de sindicalizarse, derecho a suscribir contrato colectivo y el derecho de huelga, este último con la restricción de la paralización de servicios públicos como salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción

---

<sup>16</sup> Áreas en las cuales desde luego la LOSEP es Ley supletoria de las que regulan a cada uno de los mencionados sectores.



hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones<sup>17</sup> Pero regresando al punto inicial, es menester hacer una valoración de los derechos y deberes que se reconocen actualmente en la Ley Orgánica del Servicio Público, LOSEP.

### **2.2.2.1 En cuanto a los derechos**

A efectos de darle un tratamiento adecuado al tema, nos permitimos hacer una diferenciación a los derechos de los servidores públicos en dos categorías: a los primeros los catalogaremos como DERECHOS INDIVIDUALES, para diferenciarlos de los segundos, que plantearemos en los subsiguientes capítulos como DERECHOS COLECTIVOS.

En ese sentido, traemos a consideración entonces lo establecido en el Artículo 23 de la norma que establece derechos individuales. Esta plantea: “Derechos de las servidoras y los servidores públicos.- Son derechos irrenunciables de las servidoras y servidores públicos:

- a) Gozar de estabilidad en su puesto
- b) Percibir una remuneración justa, que será proporcional a su función, eficiencia, profesionalización y responsabilidad. Los derechos y las acciones que por este concepto correspondan a la servidora o servidor, son irrenunciables;
- c) Gozar de prestaciones legales y de jubilación de conformidad con la Ley;
- d) Ser restituidos a sus puestos luego de cumplir el servicio cívico militar; este derecho podrá ejercitarse hasta treinta días después de haber sido licenciados de las Fuerzas Armadas;
- e) Recibir indemnización por supresión de puestos o partidas, o por retiro voluntario para acogerse a la jubilación, por el monto fijado en esta Ley;
- f) Asociarse y designar a sus directivas en forma libre y voluntaria;
- g) Gozar de vacaciones, licencias, comisiones y permisos de acuerdo con lo prescrito en esta Ley;
- h) Ser restituidos en forma obligatoria, a sus cargos dentro del término de cinco días posteriores a la ejecutoria de la sentencia o resolución, en caso

---

<sup>17</sup> Según lo dispone el Artículo 326 de la Constitución.



de que la autoridad competente haya fallado a favor del servidor suspendido o destituido; y, recibir de haber sido declarado nulo el acto administrativo impugnado, las remuneraciones que dejó de percibir, más los respectivos intereses durante el tiempo que duró el proceso judicial respectivo si el juez hubiere dispuesto el pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá que deberán computarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo;

- i) Demandar ante los organismos y tribunales competentes el reconocimiento o la reparación de los derechos que consagra esta Ley;
- j) Recibir un trato preferente para reingresar en las mismas condiciones de empleo a la institución pública, a la que hubiere renunciado, para emigrar al exterior en busca de trabajo, en forma debidamente comprobada;
- k) Gozar de las protecciones y garantías en los casos en que la servidora o el servidor denuncie, en forma motivada, el incumplimiento de la ley, así como la comisión de actos de corrupción;
- l) Desarrollar sus labores en un entorno adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar;
- m) Reintegrarse a sus funciones después de un accidente de trabajo o enfermedad, contemplando el período de recuperación necesaria, según prescripción médica debidamente certificada;
- n) No ser discriminada o discriminado, ni sufrir menoscabo ni anulación del reconocimiento o goce en el ejercicio de sus derechos;
- ñ) Ejercer el derecho de la potencialización integral de sus capacidades humanas e intelectuales;
- o) Mantener su puesto de trabajo cuando se hubiere disminuido sus capacidades por enfermedades catastróficas y/o mientras dure su tratamiento y en caso de verse imposibilitado para seguir ejerciendo efectivamente su cargo podrá pasar a desempeñar otro sin que sea disminuida su remuneración salvo el caso de que se acogiera a los mecanismos de la seguridad social previstos para el efecto. En caso de que se produjere tal evento se acogerá al procedimiento de la jubilación por invalidez y a los beneficios establecidos en esta ley y en las de seguridad social;
- p) Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro



- de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública;
- q) Recibir formación y capacitación continua por parte del Estado, para lo cual las instituciones prestarán las facilidades; y,
- r) Los demás que establezca la Constitución y la ley.” (LOSEP, 2010).

Para un mejor análisis nos gustaría dividir a estos DERECHOS INDIVIDUALES en tres categorías:

- A) Los que ayudan a no limitar su ingreso, estabilidad y reintegro a sus labores por diferentes causas;
- B) Remuneraciones y beneficios de ley acorde a la importancia que representa el trabajo que realiza; y,
- C) De otro tipo, como lo relativo al apoyo de sus hijos menores cuidados en un centro de cuidado infantil y formación continua.

Tras esta clasificación, vale la pena hacer algunos análisis.

**1)** Dentro de la categoría A, rescatamos la importancia que se le da actualmente al ingreso de servidores por razones de índole social (literal n del Artículo transcrito), dicho de manera más clara al ingreso de grupos de atención prioritaria, mediante las políticas de acción afirmativa implementadas fundamentalmente en los concursos de méritos y oposición.

Stephanie Robles manifiesta que estos cambios “generalmente no son dados buscando la eficacia como ocurre en el sector privado, el cambio viene dado más por presiones políticas, ya que en base a ellas la equidad se viene articulando de una mejor manera, en torno al ingreso de grupos minoritarios y el aumento en la participación social” (Robles, 2013:49).

Particularmente no podríamos coincidir a plenitud con dicho criterio, en medida de que si bien por una parte se busca que exista la participación de estos grupos “minoritarios”, no es menos cierto que resulta ser una medida de justicia social y con la historia de estos colectivos, el hecho de que quienes a lo largo del tiempo fueron relegados, marginados y tomados como inferiores, hoy puede ser parte de esta construcción de un Estado Constitucional de derechos y justicia. Claro que el servicio público debe brindar a los usuarios la mejor



atención posible y para ello debe haber gente preparada que asuma ese rol, y sea quien fuere el que ocupe tal o cual cargo debe estar a tono con lo que se necesita para servir a los administrados. Entonces, es menester hacer una reflexión acerca de la necesidad de que las políticas educativas puedan equilibrar los índices de acceso para los pueblos, nacionalidades, colectivos campesinos y en general, todos quienes en mayor o menor medida han sido relegados por el sistema educativo históricamente.

Los Consejos Nacionales para la Igualdad, que desde hace dos años cuentan con su propia normativa, también deberían jugar un papel importante en este sentido.

Pero además, debería poderse dar capacitación no solo continua como se establece en el literal q, sino que, se puedan capacitar en otras áreas y permitírseles la culminación de carreras universitaria e incluso sus estudios de cuarto nivel, tal como se planteará en la propuesta de reforma a la ley en estudio.

2) En la misma categoría A, podríamos hacer referencia al derecho a la estabilidad laboral que se establece en el literal a) del artículo 23, el mismo que puede verse seriamente afectado con la norma que dispone la posibilidad de compra de renuncias obligatorias.

Por eso, es absolutamente necesario incluir una reforma a la LOSEP en el sentido de que se garantice la mencionada estabilidad contemplada no solo en dicho literal, sino también Convenios Internacionales de la OIT, de manera que se elimine las mencionadas compras de renuncias con indemnización.<sup>18</sup>

En ese sentido, creemos importante establecer mecanismos que ayuden a la optimización del trabajo en el sector público, buscando que los funcionarios cumplan con todas las cualidades que se deben tener para brindar un servicio de excelencia; pero además, deben haber criterios absolutamente claros que establezcan los casos en los que sería necesaria una separación de un funcionario público de su lugar del trabajo. Estos mecanismos ayudarían a determinar si la separación de aquel elemento, se debe a situaciones

---

<sup>18</sup> Establecidas en el literal k. del Artículo 47 de la LOSEP.



vinculadas con la discrecionalidad o incluso la arbitrariedad en la administración pública (por motivaciones personales o hasta políticas) o efectivamente se debe a la falta de necesidad del puesto de trabajo. Solo en este último caso se debería proceder a la afectación de un puesto de un servidor público sobre todo a quienes tienen nombramiento permanente en el servicio público, de otra manera es injustificado conociendo que ya existen mecanismos ideales, tanto si se trata de un puesto que ya no debe continuar existiendo, *como la supresión del puesto* (literal c. del Artículo 47; y, Art. 104 del Reglamento general de la LOSEP) o cuando se debe a fallas del funcionario, por la figura de la *destitución* (literal f. del Artículo 47; y Artículo 48 del Reglamento general de la LOSEP).

3) En la Categoría B, en relación a las remuneraciones fundamentalmente de las servidoras y servidores públicos que antes de la reforma constitucional ingresaban a prestar sus servicios amparados bajo el Código de Trabajo, también se debe realizar un análisis de cuáles son sus nuevas condiciones, pues a nuestro criterio, debería ser el Ministerio rector del Trabajo el encargado de establecer las medidas administrativas adecuadas a fin de que se aplique el principio universal del derecho: “*a igual trabajo, igual remuneración*”, tomando en cuenta que antes de la enmienda a la Constitución, se permitía a los trabajadores del sector público firmar contratos colectivos con el Estado, y de esa forma podrían generarse diferenciaciones injustas entre los unos que ingresaron como trabajadores y los otros que a partir de ahora ingresarían como servidores públicos. Esta regulación no pasa por un proceso de reforma legislativa, sin embargo creemos debe ser tomada en cuenta por los entes que tengan la debida competencia y que la resolución que se tome se base a criterios de justicia.

4). Los de otro tipo: Aquí no tenemos mayores alcances con los derechos reconocidos, más allá de lo que se ha expresado en líneas anteriores en relación a la capacitación de tercer y cuarto nivel -y no solo continua- que deben tener las servidoras y servidores públicos; sin embargo, debemos hacer notar que en lo que se refiere a derechos en función de sus relaciones familiares probablemente exista insuficiencia de tratamiento en la LOSEP en



comparación con lo que establece el Código del Trabajo y la misma Constitución. Actualmente con la “Ley para la Promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo”<sup>19</sup>, se reforma la LOSEP y se plantea actualmente mayores permisos para las madres y padres de familia para el cuidado efectivo de sus hijos recién nacidos; no obstante, se debería pensar también en permisos para el cuidado de sus hijos con enfermedades catastróficas, el aumento de sus permisos para atención médica entre otros.

### **2.2.2.2 En cuanto a los deberes.**

Lo que trajimos a consideración al inicio de este capítulo, son los deberes generales que plantea la Constitución para las y los servidores públicos en general, a continuación transcribimos lo que manda la LOSEP a quienes se rigen por dicha norma:

**Art. 22.- Deberes de las o los servidores públicos.-** Son deberes de las y los servidores públicos:

- a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución de la República, leyes, reglamentos y más disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley;
- b) Cumplir personalmente con las obligaciones de su puesto, con solicitud, eficiencia, calidez, solidaridad y en función del bien colectivo, con la diligencia que emplean generalmente en la administración de sus propias actividades;
- c) Cumplir de manera obligatoria con su jornada de trabajo legalmente establecida, de conformidad con las disposiciones de esta Ley;
- d) Cumplir y respetar las órdenes legítimas de los superiores jerárquicos. El servidor público podrá negarse, por escrito, a acatar las órdenes superiores que sean contrarias a la Constitución de la República y la Ley;
- e) Velar por la economía y recursos del Estado y por la conservación de

---

<sup>19</sup> Ley que se encuentra vigente desde marzo de 2016 y que modifica al Código de Trabajo y otras normas.





los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes en general confiados a su guarda, administración o utilización de conformidad con la ley y las normas secundarias;

f) Cumplir en forma permanente, en el ejercicio de sus funciones, con atención debida al público y asistirlo con la información oportuna y pertinente, garantizando el derecho de la población a servicios públicos de óptima calidad;

g) Elevar a conocimiento de su inmediato superior los hechos que puedan causar daño a la administración;

h) Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión;

i) Cumplir con los requerimientos en materia de desarrollo institucional, recursos humanos y remuneraciones implementados por el ordenamiento jurídico vigente;

j) Someterse a evaluaciones periódicas durante el ejercicio de sus funciones; y,  
Custodiar y cuidar la documentación e información que, por razón de su empleo, cargo o comisión tenga bajo su responsabilidad e impedir o evitar su uso indebido, sustracción, ocultamiento o inutilización (LOSEP, 2010).

Al respecto, quisiéramos referirnos de manera especial a la obligación de someterse a evaluaciones periódicas y a la posibilidad de negarse a cumplir con ciertas orientaciones dadas desde sus superiores jerárquicos.

En primer lugar, en relación a las evaluaciones, iniciaremos indicando que el Artículo 1 de la LOSEP, plantea que dicha ley se sustenta en los principios de: calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad,





transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación.

Muchos de estos son directamente vinculados a la actuación de los funcionarios públicos, de tal manera que resulta imperante una evaluación a su desempeño. Esta evaluación podría cumplir su fin si es que los funcionarios son informados de dicha obligación al momento de su ingreso a la función pública, esto con dos objetivos: el primero, que sepan que deben capacitarse continuamente a fin de brindar el mejor servicio que se pueda dar a la ciudadanía y al Estado en sí, y por otra parte que se enteren que a pesar de su nombramiento y que su puesto de trabajo es relativamente fijo, si no cumplen con los parámetros de excelencia, pueden ser sujetos de sanciones que incluso puede conllevar a la pérdida del puesto.<sup>20</sup>

En cuanto a la posibilidad de negarse a realizar actos contrarios a la Constitución y la Ley, debemos entender lo que en derecho penal se conoce como “temor reverencial” el mismo que se traduce en que una persona, motivada por la orden de otra, sea que ésta última represente una autoridad familiar, laboral o de otra índole con relación a la primera, la o el ciudadano puede cometer actos ilícitos en contra de la integridad de terceros o en este caso perjudiciales y contrarios al interés general, entiéndase en contra del Estado.

Por ello es sumamente importante que en la nueva regulación de la LOSEP que trate sobre DERECHOS COLECTIVOS y en específico lo atinente a la Huelga en el servicio público, se pueda establecer entre una de sus causas la actuación dolosa de autoridades que buscan afectar a la administración pública, valiéndose incluso de sus subalternos que por temor a perder su trabajo, deberían acatar dichas órdenes. Así este derecho podría ser ejercido de mejor manera.

---

<sup>20</sup> Artículo 80 de la LOSEP



### 2.3. DIFERENCIA ENTRE LOS DISTINTOS TIPOS DE SERVIDORES PÚBLICOS.

En la doctrina, encontramos varias acepciones de servidor público, vale la pena mencionar al Italiano *Zanobini* quien se refiere de la siguiente forma:

“La situación de las personas físicas titulares de los empleos públicos, se puede expresar brevemente calificando su relación con el Estado o, en general con la persona pública, como una “relación de servicio”. Esto implica que esas personas en el ejercicio de sus funciones y sobre todo en sus relaciones con terceros, de un lado aparecen identificadas con el Estado mismo nada menos que como partes de su organización y de su personalidad y, de otro lado, en sus relaciones internas con el Estado, ellas se presentan en cambio, como personas distintas titulares de derechos y obligaciones, y sobre todo caracterizadas por el deber de ejercer sus funciones no por interés personal sino para realizar los fines del Estado o en general de la entidad de la cual dependen” (Zanobini en Younes, 2011: 50-51)

En el sector público, la LOSEP es la ley que rige para los servidores públicos en general, haciendo notar que las Funciones Ejecutiva y Legislativa tienen leyes específicas para su personal, teniendo en cuenta siempre que lo que no se encuentra reglado en la LOFJ y LOFL subsidiariamente puede ser aplicado lo dispuesto en la LOSEP. Los obreros del sector público antes de la Enmienda Constitucional de 2015, se regían por el Código del Trabajo; eso deberá modificarse, puesto que ahora todos quienes ingresen a prestar sus servicios en el sector público, deberán regirse por la LOSEP. Sólo quienes antes de la promulgación de las Enmiendas Constitucionales se regían por el Código del Trabajo en el sector público, seguirán bajo ese régimen.

Mientras, la Ley Orgánica de Empresas Públicas, creada por mandato constitucional, hace una similar distinción del marco que rige a servidores y obreros. Esta realidad durará indefectiblemente hasta que se reforme dicha norma en concordancia con la varias veces mencionada Enmienda



Constitucional, pues luego de aquello todos quienes sean parte de dichas empresas también deberán a formar parte del servicio público.

Según la disposición general Décimo Octava de la LOSEP, debemos distinguir los siguientes términos:

Dignataria/o.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Docente.- Toda servidora o servidor legalmente nombrado o contratado para prestar servicios exclusivamente de docencia en centros educativos, Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas; y, las del Sistema Nacional de Educación Pública.

Funcionaria/o.- Es la servidora o servidor que ejerce un puesto, excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico superior.

Miembro en servicio activo.- Es la servidora o servidor que efectúa una carrera militar o policial dentro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional o Comisión de Tránsito del Guayas.

Obrera/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, bajo el régimen del Código de Trabajo.

Servidora/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción (LOSEP, 2008).

Para efectos del presente trabajo, nos concentraremos en hacer distinción entre dignatario, funcionario y obrero.



Salvando la diferencia entre la legislación ecuatoriana y la colombiana, el Dr. Jairo Villegas, establece características que distinguen al funcionario del empleado público en su país; él nos dice:

1.- Lo que caracteriza al funcionario es la atribución del poder, de representar y dirigir la función, de decidir y de ordenar (...);

El empleado por el contrario, no tiene ese poder, es un mero ejecutor

2.- Jurídicamente la función pública se realiza por los funcionarios mediante actos jurídicos de trascendencia externa, en virtud de representar con autoridad la función;

El empleado solo cumple y ejecuta actos materiales de vinculación interna.

3.- En el funcionario tanto su origen como sus funciones, es de naturaleza política, de gobierno, investido de jurisdicción o autoridad o de confianza especialísima;

En el empleado sus funciones son de naturaleza técnica o administrativa

4.- El funcionario al representar, constituir, ejecutar o expresar jurídicamente la voluntad del Estado, ejerce función pública;

El empleado por su condición subordinada y de cumplimiento o ejecución, está en simple situación subordinada de servicio.

5.- Jerárquicamente dentro de la función, el funcionario es el alto directivo investido de mando, autoridad y relativa discrecionalidad decisoria política – administrativa;

El empleado es un simple subordinado-cumplidor del estatuto legal y reglamentario (Villegas, 2005: 91)

En este sentido debemos aclarar que el profesor Villegas se refiere como funcionarios a aquellos que en nuestra legislación se consideran servidores de libre nombramiento y remoción y a los dignatarios (electos por votación popular); por otra parte, los empleados que menciona el autor vienen a ser en nuestra legislación quienes ingresan a la carrera del servicio público.



Finalmente y para evitar cualquier confusión a posteriori, *los obreros* del sector público de nuestra legislación, tiene la denominación de *trabajador oficial* en la legislación colombiana.

El maestro Villegas así mismo hace una caracterización de lo que son los trabajadores oficiales, manifestando que son quienes laboran en:

- Construcción o sostenimiento de obras públicas, o
- Empresas industriales, comerciales (...), o
- En instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma (Villegas, 2005: 44).

Los obreros del sector público son regulados todavía por el Código del Trabajo (incluso aquellos que ingresaron como obreros antes de la enmienda a la Constitución continuarán bajo ese régimen laboral por efecto de la irretroactividad de la Ley); este tipo de contratación tiene sus antecedentes en la expedición misma del cuerpo legal en el año 1938, cuando se estableció que los trabajadores de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, los bomberos, y otros, estén amparados por este Código. Esto, respondió al criterio de protección que se quería implementar en aquella época para el obrero en relación a su patrono, sin embargo, resultó ser que dicha diferenciación daba ciertos derechos a unos y restringía los mismos a otros funcionarios del sector público<sup>21</sup>.

Hoy en día, existen obreros del servicio público en prácticamente todas las instituciones del Estado.

En los artículos 325 y 326 que hemos traído a consideración al inicio de este capítulo, podemos observar que la Constitución establece al término

---

<sup>21</sup> Hay que tener en cuenta que las figuras de contratación de talento humano en el servicio público ha sido variable a través de la historia, así por ejemplo, por efecto de la Ley de Servicios personales expedida en el año 1973 y hasta antes de la vigencia de la actual LOSEP, quienes se sumaban al trabajo en el sector público mediante este tipo de contrato, pertenecían a un régimen intermedio entre la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y el Código del Trabajo.



“trabajador” para referirse en mayor medida a los obreros que están regidos por el Código del Trabajo.

Estos obreros que laboran en las instituciones o empresas públicas, tienen una gran cantidad de derechos individuales que son propios de la legislación laboral. Deducimos que la intención del legislador fue proteger a la parte “más débil” de la relación laboral entre el patrono y el obrero (así el empleador fuera el Estado); también presumimos que esta especial atención que tiene el constituyente por tratar de proteger al trabajador incluso más que al servidor público, pueda deberse a que el Estado por su capacidad discrecional podía establecer condiciones laborales dignas de manera directa con los servidores, lo que no ocurre en el sector privado, en donde el Estado únicamente cumple con su rol regulador y controlador del cumplimiento de las normas.

No obstante, este servidor público tiene una relación de dependencia con un Estado que como patrono impone unilateralmente sus reglas y condiciones, pero también emite la normativa secundaria (reglamentos, estatutos, instructivos, actos administrativos, etc.) para determinar claramente cuáles son las características que debe tener para acceder al puesto y cuáles son las condiciones mínimas de estabilidad, remuneración justa, etc. que permitan hacer efectivo el goce de los derechos de las y los servidores públicos.

En el dictamen de la Corte Constitucional N° 001-14-DRC-CC que analizaremos más adelante, establece que la mayor motivación para unificar el régimen laboral en el sector público es el hacer efectivo el principio de igualdad material y no discriminación contemplado en el Art. 66 de la misma Constitución, y por lo tanto, a su entender, procedían las enmiendas relativas a la modificación de este aspecto en la Ley Suprema.

Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto, hasta que se adecue el marco legal en función del nuevo marco constitucional, continuarán existiendo diferenciaciones, algunas de las cuales las planteamos en el siguiente cuadro:



Obrero	Servidor
Vacaciones: 15 días por año	Vacaciones: 30 días por año
Utilidades: <u>En el sector privado</u> tienen derecho a recibirlas hasta el 15 de abril de cada año posterior al primer año de labores <u>En el sector público</u> no perciben utilidades	Se asimila al obrero del sector público pues no recibe utilidades
El contrato tipo es el indefinido	Existen variados tipos de nombramiento
Derecho a Huelga es reconocida y se puede realizar tanto en el sector público como en el privado siempre que se cumpla con el 326 de la Constitución	Constitucionalmente está permitida, sin embargo a la fecha aún no se ha reglado mediante normativa secundaria
Asociación con la que debe celebrarse el contrato colectivo: <u>En el sector privado</u> con el comité de empresa. De no existir éste, con la asociación que tenga mayor número de trabajadores afiliados, siempre que ésta cuente con más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa.  <u>En las instituciones del Estado</u> , se suscribirá con un comité central único conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores.	Tienen derecho a organizarse y conformar asociaciones, no son asimilables a los sindicatos o comités de empresa puesto que no tienen capacidad para contratar colectivamente.



Puede suscribir contrato colectivo con la institución estatal.	No tiene derecho a suscribir contrato colectivo
--	---

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila  
Fuente: Código de Trabajo y LOSEP





## CAPÍTULO III

### ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

#### 3.1. BREVE REFERENCIA DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

La OIT fue creada en 1919, como parte del Tratado de Versalles que terminó con la Primera Guerra Mundial; esta tenía su antecedente en la Asociación Internacional para la Protección Internacional de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901.

La OIT es anterior a la ONU que se crea recién en 1945, aunque finalmente se terminaría convirtiendo en un organismo especializado de ésta.

La Organización Internacional del Trabajo, tiene una Constitución que es un instrumento de derecho internacional, el cual es obligatorio para el Ecuador, puesto que nuestro país es miembro de ésta desde el año de su creación.

Las áreas que podrían ser mejoradas por esta organización, según el Preámbulo de dicha Constitución son por ejemplo:

- Reglamentación de las horas de trabajo, incluyendo la duración máxima de la jornada de trabajo y la semana;
- Reglamentación de la contratación de mano de obra, la prevención del desempleo y el suministro de un salario digno;
- Protección del trabajador contra enfermedades o accidentes como consecuencia de su trabajo;
- Protección de niños, jóvenes y mujeres.
- Pensión de vejez e invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero;
- Reconocimiento del principio de igualdad de retribución en igualdad de condiciones;
- Reconocimiento del principio de libertad sindical;
- Organización de la enseñanza profesional y técnica, y otras medidas similares.

Según su página oficial, se plantea que:



“un aspecto esencial en las actividades de la OIT es la importancia de la cooperación entre gobiernos y organizaciones de trabajadores y empleadores en la promoción del progreso social y económico. El objetivo de la OIT es responder a las necesidades de los hombres y mujeres trabajadores al reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores para establecer normas del trabajo, desarrollar políticas y concebir programas. La estructura de la OIT, en la cual trabajadores y empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos en sus deliberaciones, es una muestra del diálogo social en acción. De esta manera se garantiza que las opiniones de los interlocutores sociales queden fielmente reflejadas en las normas laborales, políticas y programas de la OIT” (Organización Internacional del Trabajo, [www.ilo.org](http://www.ilo.org))

La OIT es la única agencia tripartita de la ONU, que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros; esta realiza su trabajo a través de sus tres órganos:

- La Conferencia Internacional del Trabajo la misma que es encargada de establecer las normas internacionales del trabajo y definir las políticas generales de la Organización. La Conferencia se reúne una vez al año en Ginebra Suiza (en el mes de junio). Es la instancia con mayor importancia de la OIT puesto que es la encargada de adoptar sus instrumentos que pueden ser de dos tipos: convenios y recomendaciones.

La representación de los Estados miembro está compuesta por dos delegados gubernamentales, uno de los empleadores y uno de los trabajadores

- El Consejo de Administración es el órgano ejecutivo de la OIT y se reúne tres veces al año en Ginebra. Toma decisiones sobre la política de la OIT y establece el programa y el presupuesto, que después es sometido a la Conferencia para su adopción. Está compuesta por 16



representantes de los Estados, 8 de los trabajadores y 8 de los empleadores.

- La Oficina internacional del trabajo es la secretaría permanente de la Organización Internacional del Trabajo. Es responsable por el conjunto de actividades de la OIT, que lleva a cabo bajo la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director General ([www.ilo.org](http://www.ilo.org)).

En cuanto a la adopción de convenios, el Consejo de Administración tiene reglas señaladas para la preparación técnica y consultas, en la formación de los proyectos de convenio o recomendación, que la Oficina Internacional propondrá a la conferencia con miras a su adopción. Para la adopción del convenio o la recomendación es necesaria una mayoría que represente a los dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.<sup>22</sup>

Una vez adoptado el convenio o la recomendación, para su ejecución o cumplimiento la Constitución de la OIT establece que debe existir un término de un año y máximo dieciocho meses para que el Estado miembro someta el convenio o recomendación a la autoridad competente, en nuestro caso la Asamblea Nacional; esto, con el fin de que el organismo legislativo pueda:

- Ratificarlo, de tratarse de un convenio
- Ejecutarlo, por medio de leyes, si se trata de una recomendación. (Constitución de la OIT).

En el caso de que el Estado no ratifique el convenio debe hacer conocido del director general sus razones. La aceptación por otro lado, obliga al Estado miembro a acatar estos instrumentos internacionales, por lo que deben presentar informes permanentes, comunicando sobre las medidas tomadas dentro de la legislación para dar cumplimiento a lo previsto en estos instrumentos internacionales.

---

<sup>22</sup> Constitución de la OIT. Artículos 10, 14 y 19.



### **3.2. CONVENIOS DE LA OIT RATIFICADOS POR EL ECUADOR**

#### **3.2.1 CONVENIO 087: SOBRE LA LIBERTAD SINDICAL Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE SINDICALIZACIÓN**

Este fue creado en el año de 1948, y entró en vigencia en 1950. Fue ratificado por nuestro país en el año de 1967.

Este convenio plantea que los trabajadores y empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a ellas siempre que cumplan con su normativa interna.

Así mismo determina que las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o que entorpezca su ejercicio legal.

En su artículo 5, por su parte, establece que las organizaciones de trabajadores y empleadores podrán constituir federaciones y confederaciones o afiliarse a las ya existentes, sean estas nacionales o internacionales.

La adquisición de la personalidad jurídica por parte de las organizaciones de trabajadores o de empleadores, o sus federaciones y confederaciones, no pueden estar condicionadas en razón de limitaciones que se impongan a las disposiciones de este convenio.

Nos parece un tanto curioso que en lo relativo a las fuerzas armadas y a la policía se deje a criterio de las autoridades del Estado suscriptor el límite de este derecho.

En la Parte II: Protección del Derecho de Sindicalización, manda a que todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el que rija este convenio, estará obligado a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho a sindicalización (Convenio 087 de la OIT, Artículo. 11).

Al respecto nos permitimos realizar las siguientes observaciones:

1. En la parte inicial de este convenio, podemos identificar que obreros y empleadores sin ninguna distinción podrán formar organizaciones, a lo



cual nos surge una duda, y es que la expresión SIN DISNTINCIÓN es sinónimo de “indistintamente si es una u otra”, o si por otro lado, refiere a que los trabajadores sean del tipo que fueren -públicos o privados-, y así mismo los empleadores de cualquier espacio o empresa, puedan conformar entre sus iguales las mencionadas organizaciones. Nos inclinamos más por la segunda opción en medida que luego de la revisión del texto del convenio en su integridad, entendemos que su espíritu se inclina más hacia esa consideración.

2. Se entiende que en base al Art. 5 del convenio se pueden crear federaciones o confederaciones, lo cual en el Ecuador ha pasado y actualmente tenemos organizaciones representativas de segundo y tercer grado; no obstante, teniendo en cuenta el punto anterior, resulta imperioso que luego de las Enmiendas Constitucionales, este tipo de organizaciones se vuelvan generales para los servidores públicos que actualmente no se congregan en federaciones o confederaciones, indistintamente de que a futuro el Estado se adhiera o no a otros convenios más específicos; ahora mismo está dada esa posibilidad y sería sumamente necesario que en la reforma que obligatoriamente debe darse en la LOSEP se establezca los parámetros mínimos de la estructura de estas organizaciones que incluso puedan tener un carácter local y nacional.
3. Finalmente, en cuanto a las medidas que debe tomar el Estado para garantizar el derecho a la sindicalización, tal como dispone la parte II del presente convenio, tenemos el criterio que nuestro país ha cumplido a cabalidad con esta disposición, tanto en la norma suprema, cuanto en el Código del Trabajo; esperamos que en la LOSEP se haga lo mismo, no olvidemos que este es el instrumento de defensa de sus intereses laborales a través del cual se ejercen los otros derechos colectivos (huelga y negociación colectiva)



### **3.2.2. CONVENIO 098: SOBRE EL DERECHO DE SINDICALIZACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA.**

Fue adoptado en Ginebra, en la 32° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo el 1 de julio de 1949. Sin embargo, se puso en vigencia recién en el año 1951. Nuestro país se adhirió en 1959,

Este instrumento determina que los trabajadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que impida al trabajador la posibilidad de afiliarse a un sindicato o dejar de ser miembro de uno, en razón de sujetar su empleo a esa condición; o por despedir a un trabajador o perjudicarlo de cualquier forma a causa de su participación en actividades sindicales fuera de las horas del trabajo, o con el consentimiento del empleador durante las horas de trabajo.

Manifiesta así mismo que no se deberá permitir la subordinación de una organización de trabajadores a un empleador u organización de empleadores, ni la injerencia sobre esta en relación a su constitución, funcionamiento o administración (Convenio 98 de la OIT, Atr.1).

Por su parte en el Artículo 4, se determina que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar entre los empleadores por una parte y trabajadores y sus organizaciones por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos las condiciones de empleo.

Dentro de lo que nos concierne, para finalizar, traemos a consideración lo que plantea en su Art.6, en donde determina que este convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno en menoscabo de sus derechos o su estatuto.



Al respecto vale la pena hacer un análisis de los temas que consideramos relevantes del convenio, así como también es necesario el contraste con la realidad actual ecuatoriana:

1. El mandato de no menoscabar o poner límite a la participación sindical de los trabajadores, es una garantía básica para la subsistencia de cualquier tipo de organización, y en el caso de nuestro país, dicha garantía está establecida constitucionalmente, por tanto hay la debida concordancia con este punto.
2. En cuanto a la prohibición de subordinación de organizaciones de trabajadores ante el o los empleadores, resulta estar bien normada, pues en nuestro país para que existan organizaciones de este tipo no se necesita autorización previa, y lo que es más, se les establecen los respectivos permisos a fin de que los representantes sindicales se puedan dedicar a actividades sindicales en horarios de trabajo, lo que en el caso de ciertos dirigentes históricos, ha merecido incluso severas críticas por usar esos espacios con fines personalistas y mas no con el carácter que debe tener una representación general de ese tipo.
3. El hecho de que reconozca únicamente al contrato colectivo para efectuar la negociación voluntaria de condiciones laborales entre obreros y patronos, radica a nuestro criterio en el sentido que tiene este instrumento internacional que está dirigido a ser aplicado únicamente en el sector privado.
4. Finalmente, algo a lo que nos referimos ya en líneas anteriores es el tipo de trabajador al que se dirige este convenio, que es justamente al trabajador que en nuestra legislación se rige por el Código Laboral, puesto que con la acepción *funcionario* usada en el Art. 6 busca excluir del convenio el tratamiento de los derechos colectivos solo de quienes en nuestra legislación se denominan *servidores públicos*. La Comisión de expertos en la aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, habría presentado un informe en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1977, sobre el alcance de la aplicación del convenio 98 en el que se señalaba que se debe hacer una diferenciación entre los funcionarios públicos que son los que ocupan puestos en los que



administran el Estado con aquellos de menor jerarquía y que actúan como subalternos, es decir los empleados del sector público (Garvay, 2014: 35-36).

En conclusión, este convenio, solo sería aplicable para los últimos y por ende los contratos colectivos suscritos por los **sindicatos de obreros del sector público** si estaban y están relacionados a este mandato.

### **3.3. LA NECESIDAD DEL NUEVO SINDICALISMO EN EL SECTOR PÚBLICO EN EL ECUADOR**

#### **3.3.1 EL SINDICALISMO EN EL SECTOR PÚBLICO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

Ximena Garbay plantea que “se considera que quien labora para el Estado no realiza un trabajo común, (...), tiene a su cargo una función para cumplir con el interés público, es decir tiene la obligación de participar en la consecución de los fines del Estado, es por esto que el servidor público ha sido considerado como una pieza más del aparataje estatal, por lo que ha sido difícil separar al Estado- Administrador e identificarlo desde su rol de Estado- Empleador” (Garvay, 2014: 30).

Así mismo nos cuenta en su trabajo investigativo que los primeros organismos en los que participan tanto representantes de los empleados públicos como delegados de la administración pública son: Los denominados “Whitley Council” de Inglaterra, creados en 1919; el Consejo Superior de la Función Pública en Francia; el Comité de Consulta Sindical en Bélgica y en Estados Unidos los “Employees Council”. En su primera fase, dentro de estos organismos los representantes de la administración se limitan a informar sobre sus actuaciones y a recibir quejas por parte de los representantes sindicales. Más adelante –relata- aparece la consulta no vinculante a los empleados públicos, sin embargo la Administración Pública sigue reservándose el derecho de tomar decisiones de manera unilateral.

Posteriormente, afirma, que con el fortalecimiento de los organismos sindicales de empleados públicos, se reconoció en algunos países, la negociación





colectiva sobre aspectos que repercutían en las condiciones de trabajo dentro de la administración pública (Garvay, 2014: 31).

### **3.3.2. REFLEXIÓN.**

Ante lo dicho por la autora, reflexionamos que, las luchas constantes del sector obrero hicieron posible como ya hemos relatado en capítulos anteriores, la consecución del derecho a formar sindicatos, el derecho a la huelga y al contrato colectivo, es decir instituciones de DERECHO COLECTIVO en el sector privado.

El reconocimiento de los derechos INDIVIDUALES de quienes trabajan en el sector público, por otra parte, ha ido evolucionando hasta tener el día de hoy la caracterización que tiene su principal protagonista: el servidor público. Este, ya no pertenece a las élites del poder como lo era en un inicio, pues la legislación ya no regula solo a la actuación del presidente, ministros o representantes electo por votación universal y secreta, sino que, también se consideran sujetos de derechos y obligaciones a quienes se encargan de las tareas intermedias, los que hacen posible que las orientaciones dadas por quienes ejercen el poder lleguen a ser concretadas y que el andamiaje estatal sea, por decirlo menos, efectivo. Existe un rol del Estado–administrador que como es lógico no tiene la obligación de generar fuentes de riqueza y entregar beneficios adicionales como sobresueldos o utilidades, que en el sector privado si ocurre. No obstante, es impostergable reconocer las similitudes en el ámbito de los DERECHOS INDIVIDUALES entre los dos sectores, como el derecho a la seguridad social y sus diferentes servicios, el reconocimiento de las remuneraciones especiales que tienen un carácter social y subsidiario para épocas en donde es absolutamente necesario la compensación económica por parte del empleador seas este el Estado o el patrono de la empresa privada, que en nuestro país se denominan como la décima tercera y décima cuarta remuneración, entre otros. Ahora, conociendo algunas de las similitudes y diferencias existentes en el campo de los derechos individuales, es necesario concretarnos en el análisis de los derechos COLECTIVOS en la función



pública, teniendo en cuenta las marcadas diferencias con el sector privado, en donde prima el principio pro operario en las relaciones laborales privadas, en contraste con el sector público, en donde a nuestro criterio pueden subsistir tanto el principio pro trabajador y el de interés general del Estado, sin anteponerse el uno sobre el otro.

Es así que en base a la secuencialidad de los derechos, resulta imperante también el reconocimiento de DERECHOS COLECTIVOS en el ámbito público. Haremos un análisis en este capítulo de aquellos convenios internacionales que no ha suscrito nuestro país que tienen que ver con esta categoría de Derechos, en donde finalmente sacaremos las debidas conclusiones de si es pertinente o no que Ecuador se adhiera a tales instrumentos internacionales.

### **3.3.3. CONVENIOS DE LA OIT NO RATIFICADOS POR EL ECUADOR**

Existen varios CONVENIOS cuya ratificación es reclamada por parte de ciertos sectores sindicales del país, como el 135 denominado “Convenio sobre los representantes de los trabajadores”, en vigencia desde 1971. Este contempla beneficios que tendrían representantes de organizaciones sindicales del sector privado y de los obreros del sector público, es decir a todos aquellos que se encuentran amparados por el Código del Trabajo.

No obstante, en nuestra legislación se les reconoce a dichos representantes los suficientes derechos que permiten el cumplimiento de sus responsabilidades sindicales; esto, sin contar que a través de contrato colectivo se puede ampliar -como efectivamente sucede- sus permisos y privilegios. En lo particular, creemos que esta oportunidad ha sido mal canalizada, puesto que en nuestro país existe una especie de estancamiento en las luchas y representación sindical, en el sentido de que quienes han sido y en muchos casos siguen siendo representantes de los obreros, no han cumplido con el rol que están llamados a tener, sino más bien esos espacios de “poder” han sido usados con fines personalistas, sin alternancia en sus estructuras y con poca representatividad en el sector obrero.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Actualmente solo el 2% de los trabajadores estarían sindicalizados.



No obstante, si en su momento este convenio se llegare a ratificar, se deberían establecer criterios al interior de las mismas organizaciones que permitan alcanzar el goce efectivo de los derechos de todo el sector y terminen con los privilegios de unos cuantos representantes “históricos” que se benefician a título personal de dichos puestos.

### **3.3.3.1 CONVENIO 151. SOBRE LAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

Este convenio versa sobre la protección del derecho de sindicalización y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública. El mismo, entra en vigor en 1981.

En su contenido encontramos que este Convenio debe aplicarse a todos los empleados de la administración pública, en la medida de que no les sean aplicables otras normas más favorables contenidas en otros convenios.

Además, se deja a potestad de cada legislación, determinar hasta qué punto las garantías previstas en este convenio se aplican a los empleados de alto nivel que por sus funciones se podría considerar que tienen un poder decisorio o desempeñan cargos normativos y a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial<sup>24</sup>

Tal como los anteriores convenios analizados, se deja a criterio de las autoridades analizar hasta qué punto se considera pertinente que se puedan aplicar las garantías de este convenio en las fuerzas armadas y en la policía.

En este convenio se deja claro que la expresión empleado público se refiere a toda persona a quien se aplica este convenio de conformidad a su artículo 1, es decir a quienes son empleadas por la administración pública.

Así mismo menciona que la expresión “organización de empleados públicos” refiere a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender intereses de los empleados públicos<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Convenio 151 de la OIT, Art. 1 y 2.

<sup>25</sup> Convenio 151 de la OIT, Art. 3.



En la parte segunda del convenio denominada Protección del Derecho de Sindicalización, en su artículo 4 manifiesta literalmente:

“Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo.

Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

- a) Sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella;
  - b) Despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización.”
- (Convenio 151 de la OIT, 1981).

En su artículo 5 se establece que las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto a las autoridades públicas y que además deberán tener una adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración. La injerencia para estos efectos viene a ser de cualquier carácter, siempre que ponga a dicha organización a merced de las decisiones de una autoridad pública jerárquicamente superior a quienes conforman dicha organización, y no de la propia estructura organizativa que tiene que ser construida entre los pares que la conforman.

En la parte III, denominada “Facilidades que Deben Concederse a las Organizaciones de Empleados Públicos”, determina por una parte que deberán existir facilidades apropiadas para permitirles a dichas organizaciones el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas.

Las concesiones de dichas facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Convenio 151 de la OIT, Art. 6.



Siguiendo con la revisión del texto del convenio en su parte VI de los “Procedimientos para la Determinación de las Condiciones de Empleo”, el Artículo 7 plantea que deben adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales de cada país, para estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.

En la Parte V, plantea en su Artículo 8 que la solución de conflictos con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr de manera apropiada y vinculada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Finalmente, se reconoce en su Parte VI, los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, únicamente reservándoseles cuando se traten de cumplir con las obligaciones propias que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones.<sup>27</sup>

Las observaciones las realizaremos en los siguientes aspectos:

1. En cuanto a los términos, podemos observar la diferencia que tiene el convenio analizado con los revisados anteriormente (81 y 98), en el sentido de que ya no habla de “sindicatos” sino se refiere a las “organizaciones de empleados públicos” y por su parte, ya no habla de empleador sino de “autoridad pública”.

Esto por una parte nos hace ver que el convenio es totalmente explícito con la regulación de relaciones laborales de los empleados públicos, para nuestra legislación, servidores públicos.

Debemos hacer una diferenciación, pues en nuestra Constitución y en la vigente Ley Orgánica de Servicio Público no se impide que los servidores publicos se pertenezcan a una **asociación**, que es una

---

<sup>27</sup> Convenio 151 de la OIT, Art. 9.



organización de servidores en estricto sentido, pero que a diferencia de los SINDICATOS no tiene la capacidad ni de negociar colectivamente ni de resolver conflictos colectivos, pues sus atribuciones, dependiendo del tipo de asociación varían entre organizar eventos lúdicos, conmemorativos, realizar ayudas solidarias para sus miembros, organizar eventos sociales y deportivos, actualización de conocimientos, entre otros pero no tienen el carácter de reivindicativos de derechos. Como lo plantearemos al final de este trabajo, es necesario que se reconozca a la par los dos tipos de organización, tanto el sindicato con sus funciones claramente establecidas y también la ya existente asociación.

2. En lo que se refiere a la solución de conflictos, se sugiere que se pueda solucionar a través de la negociación entre las partes utilizando algunos métodos alternativos a la justicia ordinaria, lo que a nuestro entender se realizaría siempre por intermedio de las organizaciones llamadas para dicho efecto, que en palabras del convenio serían las “organizaciones de empleados públicos” y agregaríamos: a través del **sindicato** de servidores públicos, para que no existan confusiones con las previamente mencionadas asociaciones.
3. Ya se analizó en el convenio 98 lo concerniente a los contratos colectivos en el sector privado; en el presente instrumento internacional el enfoque difiere al del convenio 98, porque el 151 se refiere a los **procedimientos de negociación** entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos para determinar *condiciones de empleo*, o sea amplía el espectro de posibilidades, pues estaríamos hablando de la suscripción de otros mecanismos de determinación de condiciones laborales que no impliquen gratificaciones de carácter económico sino que permita a las partes (Estado y servidores públicos) acordar condiciones según sus ámbitos de trabajo; esta situación entonces se traduciría en lo siguiente: un convenio colectivo vendría a ser el GÉNERO dentro de la Negociación Colectiva; y un contrato colectivo sería en tal caso una ESPECIE de convenio, que solo puede ser suscrito (por mandato de una



de las Enmiendas Constitucionales) en el sector privado y probablemente en los trabajadores del sector público que siguen bajo el amparo del Código Laboral pero bajo ningún concepto para servidores públicos; por tanto nada impediría –en los países suscriptores de este Convenio 151- que se cree otra ESPECIE de convenio que puede ser denominado *convenio colectivo* mismo, o *convenio participativo vinculante*, o de cualquier otra forma, la nomenclatura es indiferente más lo que importa es la función que cumpla que en este caso viene a ser la determinación de condiciones de empleo en el sector público pero solo en lo relativo a aquello que no modifique (aumente) la planificación del presupuesto general del Estado.

Tanto es así que este convenio abre dicha posibilidad, que a decir de Ximena Garbay, existe un complemento al Convenio 151, conocido como Recomendación N°159 del cual la autora comenta “(esta recomendación) *contiene criterios y orientaciones generales para la mejor aplicación de este instrumento internacional y en este sentido se sugiere que los órganos competentes para negociar en representación de la autoridad pública correspondiente, así como los procedimientos para ejecutar los acuerdos a los que se llegue sobre la condiciones de empleo, estén preestablecidos en la legislación nacional. De la misma manera cuando se prevea otros mecanismos diferentes a la negociación que tengan como fin la participación de los empleados públicos en las condiciones de empleo, el procedimiento debe estar determinado en la normativa interna*” (Garvay, 2014: 39-40)

Entonces, entendiendo que este convenio NO CONTRADICE a nuestra Constitución de la República, y más bien refuerza y da lineamientos claros para que sean aplicados de mejor forma las garantías de los DERECHOS COLECTIVOS de los servidores y servidoras públicas, sería importante que el Estado ecuatoriano analice la posibilidad de plegar a este convenio, de forma que nos permitamos tener una nueva LOSEP que garantice la eficacia del





derecho a la sindicalización, huelga y convenio colectivo (o acuerdo participativo) en el sector público.

### 3.3.3.2 CONVENIO 154.SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Este instrumento internacional entra en vigor el 11 de agosto de 1983.

En su parte inicial plantea que deberá ser aplicado a todas las ramas de actividad económica del país; sin embargo, se establece la reserva a los Estados suscritores para que éstos, discrecionalmente en sus respectivas legislaciones o en su práctica, determinen hasta qué punto las garantías previstas en el presente convenio son aplicables a las fuerzas armadas y policía, además de las modalidades particulares de su aplicación en su administración pública en general.<sup>28</sup>

En su artículo 2, establece que a efectos del presente Convenio “la expresión ***negociación colectiva*** comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores (...) organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez” (Convenio 154 de la OIT, 1983).

Así mismo encontramos, que cuando en un Estado se reconozca la existencia de representantes que sean elegidos libremente por los trabajadores de la empresa de conformidad con la legislación nacional o de los contratos colectivos y cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas en el país como prerrogativas exclusivas de los sindicatos, la misma ley o la práctica nacional podrá determinar hasta qué punto la

---

<sup>28</sup> Convenio 154 de la OIT, Art. 1.





expresión ***negociación colectiva*** se extiende igualmente, a los fines del presente Convenio, a las negociaciones con aquellos representantes.<sup>29</sup>

Si es que la legislación de ese país acepta realizar dicha negociación, esta deberá garantizar a través de medidas, que la existencia de estos representantes no se utilice en menoscabo de la posición de las organizaciones de trabajo interesadas.

El método de aplicación de este tipo de convenios en el país suscriptor, será de manera ordinaria a través de su legislación, y excepcionalmente por medio de convenios colectivos y otras formas reconocidas por la práctica de cada país.

En su Parte III determina el fomento a la Negociación Colectiva. Nos dice el Artículo 5 que las medidas para lograr dicho fin, deberán tener en consideración lo siguiente:

- a) La negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el convenio
- b) La negociación colectiva se extienda progresivamente a fijar condiciones de trabajo y empleo, reglar relaciones entre empleadores y trabajadores y/o sus respectivas organizaciones.
- c) Sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;
- d) Que la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;
- e) Que los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

Finalmente, traemos a consideración lo medular de los artículos 7 y 8, que imponen la limitación de medidas que obstaculicen la libertad de negociación colectiva, so pretexto de fomentarla; y por otra parte, se determina que las

---

<sup>29</sup> Convenio 154 de la OIT, Art. 3.



medidas adoptadas por las autoridades públicas para estimular y fomentar el desarrollo de la negociación colectiva deberán ser objeto de consultas previas y si es del caso de acuerdos entre las autoridades públicas y las respectivas organizaciones de trabajadores y empleadores.

Al respecto, nos permitiremos realizar las siguientes observaciones:

1. Este convenio por el alcance que se propone, podría ser aplicado en el sector público de nuestro país, sin embargo por las consideraciones que daremos a continuación, parecería que no tendría concordancia con el marco constitucional.
2. En el artículo 2, se hace referencia a que la negociación colectiva a efectos de este convenio comprende todas las negociaciones entre las partes de la relación laboral, por lo que, en contraste con la Constitución de la República del Ecuador esta norma no podía ser aplicado en el sector público de nuestro país, pues al referirse con la expresión TODAS las negociaciones, sería inaplicable en nuestro sector público pues en éste no existe ni existirá la posibilidad de negociar o acordar beneficios económicos adicionales a la remuneración establecida.
3. La Recomendación 169 de la OIT es un instrumento accesorio a este convenio; Dicha recomendación menciona que las organizaciones de trabajadores como de empleadores deben contar con la información real de la situación económica de la empresa en caso de los trabajadores privados; y de la situación presupuestaria nacional en caso de los trabajadores del Estado siempre que la legislación lo permita y su divulgación no afecte a los intereses del país. Esto con el objeto de sentar condiciones para una negociación colectiva. Sin embargo, en nuestro país esto no podría ocurrir en el sector público puesto que el espíritu de la enmienda constitucional aprobada en diciembre de 2015, fue que el presupuesto del Estado no se viera afectado por negociaciones de carácter económico y por ello se prohibió la suscripción de contratos colectivos.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Que reiteramos, tienen implicaciones económicas a diferencia de otros instrumentos de negociación colectiva.



## **Universidad de Cuenca.**

Por todas estas consideraciones, creemos importante señalar que nuestro país no estaría en la condición de suscribir este convenio por lo contradictorio que resultaría el mismo con la Constitución, no así el Convenio 151 que debería correr con distinta suerte y el Estado ecuatoriano se debería adherir.



## CAPÍTULO IV.

### LEGISLACIÓN COMPARADA EN DERECHOS COLECTIVOS EN EL SECTOR PÚBLICO

#### 4.1. CUADRO DE CLASIFICACIÓN

Queremos iniciar presentando el siguiente cuadro, en relación del cual vamos a identificar el nivel de reconocimiento de estos derechos en algunas de las legislaciones de la región:

CLASIFICACIÓN	
1	Países que reconocen de manera clara los derechos colectivos laborales del sector público en su Constitución y detalla sus características esenciales.
2	Países que reconocen constitucionalmente derechos colectivos laborales en el sector público, pero remiten la precisión de sus características a la ley
3	Países que reconocen de manera parcial en su Constitución derechos colectivos laborales en el sector público En este supuesto, pueden presentarse dos situaciones legislativas: <b>3.1:</b> La ley y normativa secundaria reconoce los derechos y los regula en un sentido amplio <b>3.2:</b> la Ley y normativa secundaria reconoce los derechos y los regula en un sentido restrictivo o los prohíbe
4	Países que prohíben constitucionalmente derechos colectivos laborales en el sector público

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: Neves Mujica, en "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.

##### 4.1.1 LEGISLACIÓN PARAGUAYA.

Esta pertenece al grupo 1 según el cuadro de clasificación.

La legislación paraguaya, es extremadamente clara en sus contenidos, tanto más que desde su Constitución Política establece lo siguiente:



“Artículo 96 - DE LA LIBERTAD SINDICAL.- Todos los trabajadores públicos y privados tienen derecho a organizarse en sindicatos sin necesidad de autorización previa. Quedan exceptuados de este derecho los miembros de las Fuerzas Armadas y de las Policiales. Los empleadores gozan de igual libertad de organización. Nadie puede ser obligado a pertenecer a un sindicato.

Para el reconocimiento de un sindicato, bastará con la inscripción del mismo en el órgano administrativo competente.

En la elección de las autoridades y en el funcionamiento de los sindicatos se observarán las prácticas democráticas establecidas en la ley, la cual garantizará también la estabilidad del dirigente sindical” (Constitución Paraguay, 1992).

Así mismo reconoce expresamente los derechos sindicales de negociación colectiva y de huelga a los trabajadores públicos en el siguiente artículo:

“Artículo 98 - DEL DERECHO DE HUELGA Y DE PARO.- Todos los trabajadores de los sectores públicos y privados tienen el derecho a recurrir a la huelga en caso de conflicto de intereses. Los empleadores gozan del derecho de paro en las mismas condiciones.

Los derechos de huelga y de paro no alcanzan a los miembros de las Fuerzas Armadas de la Nación, ni a los de las policiales.

La ley regulará el ejercicio de estos derechos, de tal manera que no afecten servicios públicos imprescindibles para la comunidad” (Constitución de Paraguay, 1992).

En el marco legal de Paraguay la diferenciación entre los diversos “individuos” que laboran de una u otra forma en el Estado está dada por algunas leyes; es así que Ley de la Función Pública, denominada también como **Ley N° 1626/2000**, determina en su Artículo 4 que “es funcionario público la persona nombrada mediante acto administrativo para ocupar de manera permanente un



cargo incluido o previsto en el Presupuesto General de la Nación” (Ley N° 1626/2000 de Paraguay, s.d.). Y en su artículo 6 se determina que “es personal del servicio auxiliar (Choferes, ascensoristas, limpiadores, ordenanzas, y otros de naturaleza similar), la persona nombrada para tales funciones por la máxima autoridad del organismo o entidad del Estado en que fuera a prestar servicios” (Ley N° 1626/2000 de Paraguay. s.d.). Estos trabajadores en Ecuador vendrían a ser los obreros del sector público. Igual en Paraguay están regidos por el Código del Trabajo.

Es un tanto curioso que en este país además exista la figura de *Personal Contratado*, que presta servicios o ejecuta obras en el sector público, pero que está regido por una relación Civil y los conflictos que puedan suscitarse de igual forma se deberán resolver en una corte con competencia en dicha materia.

En lo que se refiere a los derechos colectivos de los funcionarios o empleados públicos, nos dice lo siguiente:

“DE LOS DERECHOS DE LOS FUNCINARIOS PUBLICOS.- Artículo 49.- Los funcionarios públicos tendrán derecho a:

- n) organizarse con fines sociales, económicos, culturales y **gremiales**, y
- o) Participar en huelgas con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley” (Código de Trabajo de Paraguay, s.d.).

En la legislación de este país, se regula de manera particular la Negociación Colectiva en el Sector Público con una ley independiente denominada Ley N° 508/1994.

En esta se despliega todas las condiciones, procedimientos, etc., que se deben seguir para convenir colectivamente con el Estado, al respecto, nos permitimos traer a consideración el Artículo 1 que dice lo siguiente: “Las negociaciones colectivas sobre condiciones de trabajo que se celebren entre el Estado y los funcionarios y empleados públicos, serán desarrolladas dentro del marco general dispuesto por la presente Ley” (Ley N°5908/1994 de Paraguay.).



En esta norma, a decir del Art. 2, se determina que dicha ley abarca (rige para) funcionarios y empleados públicos de los organismos que componen la administración central, las entidades descentralizadas, las empresas públicas, los bancos oficiales, las gobernaciones y las municipalidades, salvo los expresamente exceptuados. (Ley N°5908/1994 de Paraguay, s.d.).

En cuanto a los exceptuados, en el artículo 3 esta norma es clara en señalar a quienes se refería, que haciendo una comparación con nuestro derecho, vienen a ser los servidores públicos de las categorías de dignatarios, obreros, personal ocasional y los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

En cuanto a quien suscribe el convenio, el Art. 97 de la Constitución determina:

“Artículo 97 - DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.- Los sindicatos tienen el derecho a promover acciones colectivas y a concertar convenios sobre las condiciones de trabajo.

El Estado favorecerá las soluciones conciliatorias de los conflictos de trabajo y la concertación social. El arbitraje será optativo” (Constitución de Paraguay.1992).

Esto está en concordancia con lo establecido en el Art. 7 de la Ley anteriormente citada que dice al respecto lo siguiente:

“Cuando de parte de los funcionarios pertenecientes a varias organizaciones sindicales con derecho a negociar, no hubiere acuerdo respecto a la conformación de la comisión negociadora, el Ministerio de Justicia y Trabajo procederá a definir el número de miembros que les corresponda a cada parte. A tal fin tomará en cuenta la cantidad de socios cotizantes que posea cada sindicato en el sector que corresponda” (Ley N°5908/1994 de Paraguay, s.d.).

En definitiva en esta ley se detalla todo el procedimiento, lo que se puede y lo que no se puede negociar, en relación a lo último mencionado, en el Art. 4, se determina que una de las cuestiones que no se podrán negociar, son las



relativas a los rubros no previstos en el Presupuesto General del Estado. Sin embargo, en el segundo inciso del Art. 5 se establece que “Las tratativas salariales o económicas deberán sujetarse a la Ley de Presupuesto.” (Ley N°5908/1994 de Paraguay, s.d.).

Esta denominada Ley de Presupuesto se modifica cada año en relación a lo que en nuestro país se denominaría el Presupuesto General del Estado, por lo que colegimos que dependerá de la situación económica que atraviese el país para tomar decisiones referentes a dichas estipulaciones que tengan un trasfondo económico.

#### **4.1.2 LEGISLACIÓN DE PERÚ.**

Este marco normativo pertenece al Grupo 2 del cuadro de clasificación.

En la constitución de ese país que data de 1980, se establece en su artículo 28, en relación a los derechos colectivos de los trabajadores lo siguiente:

“Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga.- El Estado reconoce los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1.- Garantiza la libertad sindical

2.- Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3.- Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones” (Constitución de Perú. 1993).

En relación a los servidores públicos, que en nuestra legislación serían denominados simplemente *funcionarios*, se establece que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza (...)





No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta<sup>31</sup>

Aquí debemos hacer una pausa, para entender que en este último inciso se “caracteriza” a los trabajadores del sector público, que establece que serían quienes presten sus servicios en las empresas estatales, lo cual concuerda con la teoría de la doble personalidad del Estado, y, haría colegir que sus diferencias en el tratamiento de los derechos colectivos en la práctica sean similares a lo que ocurre en Colombia y en Ecuador, esto quiere decir: mayor reconocimiento a obreros o trabajadores estatales y menor posibilidad de aplicación de esos mismos derechos colectivos en los empleados públicos.

No obstante, el artículo 42 establece de manera categórica los derechos colectivos reconocidos para los servidores públicos (repetimos, diferenciados de los trabajadores u obreros del sector público). Al respecto establece:

“Art. 42.- Se reconocen derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. No estarán comprendidos los funcionarios de Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional” (Constitución de Perú, 1993).

Perú ratificó el convenio 151 de la OIT analizado anteriormente, que trata sobre la protección a la sindicalización de los trabajadores y que habíamos dicho incluye a los funcionarios públicos. Entonces es de entender que esta norma exista y que se regulen también los derechos de sindicalización de los funcionarios públicos de Perú.

En ese sentido, en la vigente Ley de Servicio Civil de este país, se hace una diferenciación más clara de los servidores públicos, en donde se establece que:

- Funcionario público es un representante político
- Directivo Público, quien toma decisiones en una entidad

---

<sup>31</sup> Constitución de Perú. Artículo 40



- Servidor Civil de carrera, cumplimiento de funciones sustantivas y de administración interna dentro de la entidad, y,
- Servidor de actividades complementarias, es el encargado del cumplimiento indirecto de funciones sustantivas.<sup>32</sup>

En su capítulo VI. Referido a los Derechos Colectivos, manifiesta que “los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza (Ley de Servicio Civil de Perú, s.d.).

Determina también que la autoridad no debe promover actos que limiten la constitución de organismos sindicales, en esa medida, tienen libertad para formar gremios. Actualmente en el Registro del Ministerio de Trabajo y Empleo de Perú, existen 350 sindicatos entre el sector público, privado y mixto, a fecha 29 de febrero del 2016<sup>33</sup>

Por otro lado, la **huelga** es también un derecho reconocido para funcionarios públicos. Se establece que este se ejercerá una vez agotados los mecanismos de negociación o mediación. Se debe ejercer avisando con 15 días de anticipación, caso contrario será declarada ilegal. También se permite al Estado peruano contratar personal necesario temporalmente para que brinden los servicios mínimos y no paralizar las actividades<sup>34</sup>.

Vale la pena mencionar que la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo, norma a los derechos colectivos de los trabajadores del sector privado; está a su vez es norma supletoria de la Ley de Servicio Civil en lo que no se contraponga a dicha ley en el ámbito de su aplicación.

En relación a la Huelga, establece la Ley de Relaciones Colectivas que cuando la misma afecte a servicios públicos esenciales o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su

---

<sup>32</sup> Ley de Servicio Civil de Perú. Artículos 2 y 3.

<sup>33</sup> Contenido encontrado en <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=342&tip=909>.

<sup>34</sup> Ley de Servicio Civil de Perú. Artículo 45.



interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan<sup>35</sup>

Entonces, es importante tomar en cuenta que cuando se declarase una huelga en el sector público, se podría garantizar servicios mínimos pero con los mismos trabajadores, con el objetivo de que en su momento no sean reemplazados, afectándoseles sus derechos.

Finalmente, en lo que refiere a la Negociación Colectiva, se establece que ésta se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que deben contener un proyecto de convención colectiva con sus respectivos requisitos. Es importante mencionar que las peticiones que pueden ser parte de esta negociación son aquellas que se formulan respecto a condiciones de trabajo o de empleo, consideradas como tales las siguientes:

- Permisos
- Licencias
- Capacitación
- Uniformes
- Ambiente de Trabajo
- Y en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones (Ley de Servicio Civil de Perú. s.d.).

En la legislación peruana, no se puede negociar colectivamente valores adicionales de dinero con el Estado según el Artículo 42 de la Ley de Servicio Civil, lo que se encuentra siendo valorado por el Tribunal Constitucional de dicho país en razón de las demandas interpuestas por la ciudadanía que considera que también se debe poder pactar elementos económicos en dichos convenios.

#### **4.1.3. LEGISLACIÓN COLOMBIANA**

Esta pertenece al Grupo 3.1 del cuadro de clasificación inicial.

---

<sup>35</sup> Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú. Artículo 82.



Vale hacer una primera diferenciación de los “agentes” “personas” o “individuos” que prestan sus servicios laborales en la administración pública colombiana.

Así los describe la legislación:

- a) Funcionarios o agentes políticos: se caracterizan por el ejercicio del poder, la autoridad, el mando y la representación del Estado y sus poderes públicos.
- b) Empleados o auxiliares: son aquellos que carecen de poder y al contrario tienen una función meramente auxiliar o de subordinación en la ejecución material de políticas.<sup>36</sup>
- c) Meros oficiales públicos o trabajadores oficiales: son los que le prestan sus servicios al Estado cuando éste ejecuta actividades técnicas –no políticas– por medio de “instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma” (Decreto Reglamentario 2127 de 1945 de Colombia. Artículo 4).

El fundamento que da la doctrina colombiana para esta diferenciación, se basa en la Teoría de la Doble Personalidad del Estado que ya habríamos detallado en el segundo capítulo de este trabajo, en donde por una parte, existe un Estado – gendarme, que es el que ejerce las funciones políticas y en general públicas que se le es asignado en razón del marco legal y el Estado – interventor que es el que regula al privado, compite con este o se alía a él para crear un bien o servicio determinado. En la primera personalidad estarían los Funcionarios o agentes políticos y los empedados auxiliares regidos por el derecho administrativo, y en la segunda los trabajadores oficiales, regidos por el código laboral (Villada, 2005: 6 y 7).

Por un lado los **empleados** ingresan a través de concurso y se someten a un sistema de carrera a excepción de aquellos que ejerzan puestos de autoridad o de libre nombramiento y remoción. En tanto que los trabajadores se vinculan a

---

<sup>36</sup> Constitución de Colombia. Artículos 108,120, 145 y 151.



los órganos estatales por medio de un contrato de trabajo (Constitución Política de Colombia, 1991).

Tal como en nuestro país, los trabajadores oficiales se rigen por las normas laborales generales (que en el Ecuador representaría el Código del Trabajo) y los demás servidores mediante la Ley 909 que norma el sistema de empleo público y la carrera administrativa colombiana, y demás normativa específica para el sector.

En lo que respecta a los **empleados** publicos, estos están sometidos a una carrera administrativa, tienen ascensos, pueden ser destituidos por incumplimiento, en definitiva en relación a sus derechos y responsabilidades individuales están claramente establecidos y no sería materia de mayor análisis. Sin embargo, los derechos colectivos de todos quienes prestan de una u otra forma sus servicios laborales en el Estado, se encuentran establecidos en la Constitución, pero también en el Código Laboral y como veremos en otra normativa secundaria.

Respecto a sus derechos colectivos tenemos que:

Sindicatos: En lo que se refiere a los trabajadores u obreros (del sector privado y los trabajadores oficiales del sector público) estos tienen garantizado el reconocimiento de sus libertades de sindicalización, tanto más que éste país a ratificado los convenios 87 y 98 de la OIT, analizados con anterioridad. Estos convenios son plasmados en la Constitución de 1991 y a partir de aquel entonces tanto **empleados**, como trabajadores oficiales tienen derecho a sindicalizarse.

Ahora, traemos a consideración el siguiente artículo que rige de manera general para los sindicatos de todos los individuos que de una u otra forma laboran en las instituciones del Estado; al respecto el Código Sustantivo de Trabajo manda lo siguiente:

“Artículo 414.-Derecho de asociación. El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial, con excepción de los miembros del ejército nacional y de los cuerpos o



fuerzas de policía de cualquier orden, pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:

- 1a) Estudiar las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados;
- 2a) Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa;
- 3a) Representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos comunes o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva;
- 4a) Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de estos en particular, o sugerencias encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo;
- 5a) Promover la educación técnica y general de sus miembros;
- 6a) Prestar socorro a sus afiliados en caso de desocupación, de enfermedad, invalidez o calamidad;
- 7a) Promover la creación, el fomento o subvención de cooperativas, cajas de ahorro, de préstamos y de auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deporte y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de previsión, contemplados en los estatutos, y
- 8a) Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades.

Está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al



nexo jurídico de sus afiliados para con la administración” (Código Sustantivo de Trabajo de Colombia. s.d.).

Del artículo resaltamos algunos elementos:

- 1.- La sindicalización estaría permitida para todos los trabajadores, servidores y funcionarios a excepción de la policía y las fuerzas armadas.
- 2.- Los sindicatos de empleados públicos tiene la serie de limitaciones que detalla taxativamente el artículo, por tanto no se puede extralimitar de dichas funciones.
- 3.- Existe la posibilidad de “combinar” el sindicato entre **empleados** y trabajadores.

Derecho a Huelga: En el Artículo 56 de la Constitución colombiana manifiesta textualmente:

“ARTICULO 56. Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.

La ley reglamentará este derecho. Una comisión permanente integrada por el Gobierno, por representantes de los empleadores y de los trabajadores, fomentará las buenas relaciones laborales, contribuirá a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertará las políticas salariales y laborales. La ley reglamentará su composición y funcionamiento” (Constitución de Colombia. 1991).

Una observación especial amerita el referirnos a la característica de **esencial** que da esta norma a los servicios públicos, en medida de que la misma Norma Suprema no establece una conceptualización de cuales serían estos, y por tanto aparentemente quedaría en la discrecionalidad de la autoridad competente determinar si se puede o no paralizar tal o cual servicio público.



Esta norma entraría en aparente contradicción con el Art. 430 del Código Sustantivo de Trabajo que establece la prohibición de huelga en los servicios públicos.

Sin embargo, referente a este último artículo, existe una sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, la cual declara parcialmente constitucional el Art. 430, en virtud de que al estar establecido en la Constitución que la paralización de actividades se limitaría únicamente a servicios públicos esenciales mal se podría limitar su aplicación en el resto.

Convenio colectivo: La constitución colombiana se refiere en su Artículo 55 de la siguiente manera:

“Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo” (Constitución de Colombia, 1991).

Vale mencionar el siguiente Artículo de las varias veces citado Código Laboral colombiano, al respecto tenemos que:

“Artículo 416.-. Limitación de las funciones. Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga” (Código de Trabajo de Colombia, s.d.).

Es este último artículo observamos limitaciones a la actuación de los sindicatos, una de ellas establece la nula posibilidad de celebrar convenciones colectivas por parte de empleados públicos.





Esto tiene relación al Art. 414 del mismo cuerpo legal, transcrito en líneas anteriores, que establece las facultades de los sindicatos en el sector público y en donde no se contempla esta como una prerrogativa sindical.

Al respecto, el tratadista colombiano Jorge Villada, plantea que los tres derechos, es decir sindicalización, convenio colectivo y huelga son consustanciales el uno del otro pues a decir del autor: “no se puede negociar colectivamente si no existe un sindicato para hacerlo y no se puede llevar a cabo una huelga –legal por supuesto– si no ha estado precedida por una negociación colectiva” (Villada, 2005: 21).

No obstante, en la actualidad, los artículos transcritos del Código Laboral colombiano, dejan de surtir efecto, en medida que los decretos 1092 de 2012, y el que lo deroga, es decir el 160 de 2014, tratan sobre la regulación del procedimiento para la negociación exclusivamente de las condiciones de empleo, entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos y por el principio de especificidad, y por la supremacía normativa que tiene la Constitución y los Convenios Internacionales sobre las leyes ordinarias, y al estar este instrumento poniendo en vigencia lo transcrito en el 55 de la Constitución y los Convenios 151 y 154 de la OIT, dejaría sin efecto lo establecido en el Código Laboral.

En este decreto, se determinan quienes pueden convenir con el Estado, la forma en la que se debe de hacer y en general todas las condiciones que brinda la administración de ese país para la suscripción de este tipo de convenios.

Se excluye de su aplicación según la clasificación que establecimos inicialmente a funcionarios y agentes políticos y a trabajadores oficiales, además de los miembros de las fuerzas armadas y policía.

Es este decreto, en su artículo 5 se establecen que la materia de la negociación puede ser:



- 1.- Las condiciones de empleo, y
- 2.- Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de empleados públicos para la concertación de las condiciones de empleo.

Así mismo en el parágrafo segundo del Art. 5 determina:

“En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales; Sin perjuicio de lo anterior, en el nivel territorial, se respetarán los límites que fije el Gobierno Nacional. En materia prestacional las entidades no tienen facultad de negociar y concertar, toda vez que por mandato constitucional y legal la única autoridad competente para regular la materia es el Presidente de la República” (Decreto 160 de 2014. Colombia. s.d.)

Es así entonces que esta se constituye como la herramienta idónea para hacer efectivo el Art. 55 de la Constitución que lo mencionábamos con anterioridad y los convenios 151 y 154 de la OIT que Colombia a diferencia de nuestro país si ha ratificado.

#### **4.2. OTRAS LEGISLACIONES**

El análisis comparado de otras legislaciones puede volverse un ejercicio muy extenso, no obstante con el marco constitucional y normativo que hemos analizado hasta ahora podríamos decir que hemos de notar suficientes concordancias y diferencias entre las mismas, lo que nos servirá finalmente para poder realizar una valoración propia de nuestra legislación y la modificación que obligatoriamente debe realizar por efecto de las Enmiendas Constitucionales.

Ahora, únicamente estableceremos, en que grupo de los distinguidos en el cuadro inicial del presente capítulo, podríamos situar otras legislaciones y la nuestra propia:



**GRUPO 1.-** Países que reconocen de manera clara los derechos colectivos laborales del sector público en su Constitución y detalla sus características esenciales. Además de Paraguay:

País	Marco Constitucional
Venezuela	<p><b>Constitución de la República Bolivariana de Venezuela</b></p> <p>Artículo 95.- Derecho de sindicación.- Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses. (...)</p> <p>Artículo 96.- Derecho de negociación colectiva.- Todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado tienen derecho a la negociación colectiva voluntaria y a celebrar convenciones colectivas de trabajo, sin más requisitos que los que establezca la ley. El Estado garantizará su desarrollo y establecerá lo conducente para favorecer las relaciones colectivas y la solución de los conflictos laborales. Las convenciones colectivas ampararán a todos los trabajadores y trabajadoras activos y activas al momento de su suscripción y a quienes ingresen con posterioridad.</p> <p>Artículo 97.- Derecho de huelga.- Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley.</p>

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.

**Grupo 2:** Países que reconocen constitucionalmente derechos colectivos laborales en el sector público, pero remiten la precisión de sus características a la ley. Además de Perú:



País	Marco Constitucional
Uruguay	<p><b>Constitución Política de Uruguay</b></p> <p>Artículo 57.- La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica. Promoverá, asimismo, la creación de tribunales de conciliación y arbitraje. Declárase que la huelga es un derecho gremial. Sobre esta base se reglamentará su ejercicio y efectividad.</p> <p>Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.</p>

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.



**Grupo 3:** Países que reconocen de manera parcial en su Constitución derechos colectivos laborales en el sector público

En este supuesto, pueden presentarse dos situaciones legislativas:

**Grupo 3.1:** La ley y normativa secundaria reconoce los derechos y los regula en un sentido amplio. Además de Colombia:

País	Marco Constitucional
Argentina	<p><b>Constitución Política de Argentina</b></p> <p>Artículo 14o. bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que aseguran al trabajador: (...) organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.</p> <p>Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozaran de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.</p>
Ecuador	<p>Como ya desarrollaremos más adelante, por efectos de las Enmiendas Constitucionales se amplió derechos colectivos en el sector público, antes únicamente se los reconocía a obreros del sector público</p>

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.

**Grupo 3.2:** La Ley y normativa secundaria reconoce los derechos y los regula en un sentido restrictivo o los prohíbe.

País	Marco Constitucional
Bolivia	<p>No se establecen derechos colectivos para servidores públicos, en su legislación únicamente se reconoce derechos colectivos a trabajadores u obreros del sector público.</p>

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.



**Grupo 4:** Países que prohíben constitucionalmente derechos colectivos laborales en el sector público:

País	Marco Constitucional
Chile	Artículo 19.- Numeral 16. No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades.

Elaborado por: Julio César Cárdenas Avila

Fuente: "Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina" de Carlos Ledesma.



## CAPÍTULO V

### DERECHOS DE EJERCICIO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO

#### 5.1. ENMIENDAS CONSTITUCIONALES REFERIDAS A LA UNIFICACIÓN DEL REGIMEN LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO.

El 31 de octubre de 2014, la Corte Constitucional emitió el dictamen favorable para que 16 de las 17 enmiendas constitucionales presentadas por el bloque oficialista del Legislativo, se tramitaran mediante lo dispuesto en el 441 numeral 2 de la Constitución de la República, es decir vía enmienda constitucional.

En lo concerniente a las enmiendas que unifican el régimen laboral en el sector público, en su motivación para dar paso a dicho cambio la Corte Costitucional determinaba entre otras cosas que:

“La distinción histórica entre el trabajo físico y el intelectual dentro del servicio público, genera a priori la creación de una distinción normativa no justificada y criterios discriminatorios en cuanto a la aplicación de la ley, atentando además la igualdad de oportunidades de un determinado grupo por el hecho de realizar una determinada actividad, lo que además atenta contra el principio de generalidad de las normas frente a destinatarios similares” (Dictamen N°001-14-DRC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014:103).

En el ámbito del procedimiento, fue definido que esta se la tramite vía enmienda constitucional porque a decir de la Corte este cambio no afectaba a la estructura del Estado. El sustento para dar cabida a estas modificaciones, se centró en la aplicación del principio de igualdad.

Por otro lado, en el informe para primer debate del proyecto de enmiendas no se establecían derechos de carácter colectivos para los funcionarios del sector público, no fue sino hasta el segundo debate que se incluyeron los derechos de huelga y sindicalización para servidoras y servidores públicos.

Así, la Constitución de la República que se enmendó en 2015 determina en la Disposición Transitoria Primera, incluida luego de la enmienda Constitucional vigente desde el 21 de diciembre de 2015, determina que:



“Las y los obreros del sector público que antes de la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional se encuentren sujetos al Código del Trabajo, mantendrán los derechos individuales y colectivos garantizados por este cuerpo legal. Una vez en vigencia la presente Enmienda Constitucional, las y los servidores públicos que ingresen al sector público se sujetará a las disposiciones que regulan al mismo. El órgano legislativo, en el plazo máximo de ciento ochenta días contados desde la entrada en vigencia de la presente Enmienda Constitucional, aprobará una ley reformativa a las leyes que rigen al sector público, observando las disposiciones constitucionales enmendadas” (Constitución del Ecuador. 2008).

A su vez, el Art. 326 numeral 16, se modificó, en el sentido de reconocer el derecho a la organización de los servidores públicos, así como el derecho de huelga. Finalmente, en este mismo artículo se elimina la disposición que determinaba que los obreros del sector público se rijan por el Código del Trabajo, esto, en concordancia con el cambio efectuado al Art. 229, en donde se eliminó el tercer inciso que refería que obreras y obreros del sector público estaban sujetos al Código Laboral.<sup>37</sup>

Ante esta situación, hemos creído importante realizar este trabajo monográfico centrándonos en los derechos de ejercicio colectivo de los servidores públicos, puesto que no existe aún un criterio único sobre el tema en el gobierno ni en la legislatura; además, por encontrarnos colaborando de manera ocasional en la función legislativa, hemos podido aportar de manera directa en uno de los varios documentos de insumos para la reforma a la LOSEP, principal cuerpo jurídico que rige las condiciones de trabajo de la mayoría de servidores del Estado. No olvidemos que, por efecto de la disposición transitoria mencionada en líneas anteriores, se tiene 180 días para reformar las leyes que rigen el sector público y ese plazo termina en el mes de junio de 2016.

---

<sup>37</sup> Estos cambios rigen en el país desde el 21 de diciembre de 2015, fecha de su publicación en el registro oficial.





## **5.2. CONCEPTOS GENERALES**

En el presente capítulo haremos un repaso conceptual de las instituciones de la huelga, y el sindicato, pero también de la figura de convención colectiva y las alternativas que existen para aplicar estos tres interdependientes derechos en el sector público.

Dentro del presente trabajo hemos hecho referencia a quienes prestan servicios en el sector público, pero no hemos delimitado a que nos referimos con este término.

En la Constitución del Ecuador en su Art. 225 se establece que el sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
  2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
  3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
  4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.
- (Constitución del Ecuador. 2008).

De lo transcrito entonces se podría concluir que el sector público se refiere a todas las instituciones y organismos del Estado y de los distintos niveles de gobierno encargados de la administración, regulación y control de lo público. La función pública por su parte se refiere a los servidores o funcionarios públicos que prestan sus servicios en el sector público.

Ahora, en relación a las diversas leyes existentes en nuestro país, sabemos que no toda la función pública es regida por la LOSEP, norma que se modificará por efectos de la Reforma Constitucional y la que es base y motivo central de las reflexiones del presente capítulo; pero además es importante recalcar que no todos quienes son regidos por la LOSEP son beneficiarios de los denominados derechos colectivos en el sector público, sino más bien



entenderíamos que serán tanto los funcionarios de carrera, cuanto aquellos que posean nombramientos provisionales y, por el principio de igualdad al que se refiere la Corte Constitucional en su dictamen N°001-14-DRC-CC, entendemos que también se les debe reconocer a los servidores que laboren con contrato ocasional.

Los derechos colectivos, son parte del tratamiento del derecho laboral que rige para los trabajadores privados; estos se diferencian de los derechos individuales, en medida que precautelan derechos de un conglomerado de obreros, que tienen si bien situaciones particulares, heterogéneas, pero que se identifican en algo: se pertenecen a uno de los dos “bandos” de las relaciones laborales. En el caso del sector público, será necesario “acuñar” el término <<derechos colectivos>> con el mismo significado que en el ámbito privado, trastocado solamente dos aspectos: que por efectos de la unificación normativa, estos regirán para funcionarios públicos, exceptuando los de confianza y de período fijo, y que el empleador en este caso sería el Estado y estarán reglados por derecho público, lo cual cambia en absoluto su naturaleza jurídica.

En este sentido, Sergio Gamonal Contreras, manifiesta:

“Parte de la doctrina ha afirmado que el trabajo humano es uno solo y que a pesar de sus matices su regulación debe ser idéntica. Por otra parte, la distinción entre trabajadores públicos y otros trabajadores no tiene fundamento ya que el Estado igualmente debe someterse a los principios y normas fundamentales de la constitución tales como la libertad sindical y el derecho de huelga. Se ha destacado que tampoco es válido argumentar que en el Estado prima el interés general sobre el particular, ya que el mayor interés de la sociedad se centra en el respeto de la igualdad y en la satisfacción de las necesidades de sus integrantes, sean estos trabajadores públicos o privados” (s.d. Revista Laboral chilena, 1998).

Aquí vale hacer una puntualización, pues si bien concordamos en casi todo lo dicho, ocurre que el Estado somos todos y por ende en un inicio podríamos



diferir con lo expresado por Gamonal Contreras, cuando se refiere a que el mayor interés estatal es la satisfacción de las necesidades de los trabajadores, pues su rol va mucho más allá de aquello, y por eso este gran organismo debe tener una salvedad para que los intereses particulares de quienes laboran en él, no lo afecten, en definitiva que no nos afecten al resto.

Sin embargo, por ser el regulador de todo lo concerniente a la cosa pública<sup>38</sup> requiere una estructura piramidal o jerárquica, en donde existan dentro del mismo Estado quienes tomen decisiones y otros que las ejecuten, existiendo por tanto la posibilidad de que se cometan arbitrariedades al interior de tal o cual institución pública; si a eso le sumamos que la unificación del régimen laboral deberá establecer categorías para quienes realizan trabajos fundamentalmente físicos o para ser más claros quienes antes de la enmienda hubiesen sido considerados obreros del sector público, entonces podríamos concluir que existen diferentes realidades en la función pública, que deben ser regladas, y que por mandato de la norma Constitucional vigente, debe regularse los derechos de sindicalización y huelga, salvaguardando el principio pro trabajador en función de que este no atente con el de interés general del Estado.

En el capítulo uno de este trabajo se dieron breves referencias a lo que el sindicalismo ha representado históricamente, además, se dejó claro que el Ecuador deja de ser en gran medida ese Estado-interventor, pues no negocia ni delega la prestación de servicios públicos (al menos los esenciales), lo único que hace en relación a ese papel, es el control de las actividades económicas y financieras de los grandes entes privados. Por tanto, los empleados estatales únicamente estarían en el campo en donde rige el derecho administrativo y más específicamente la LOSEP, entonces alguien podría pensar que resulta inútil el establecimiento de sindicatos, la regulación del derecho a la huelga y la suscripción de acuerdos de carácter colectivo. Pero no es tan ligero el tema, porque solo si empezamos reconociendo que el Estado es el mayor empleador en su ámbito territorial, que actualmente el número de sindicatos de obreros del

---

<sup>38</sup> El Estado interviene incluso en ciertas relaciones jurídicas en el ámbito privado como en el caso de las relaciones laborales entre particulares que son reguladas a través de organismos de carácter administrativo, entiéndase Ministerio del Trabajo.



sector público es mayor que el de los obreros del sector privado, entonces resulta imperante que dichos derechos recientemente incorporados en la normativa constitucional sean normados de manera correcta y garantizando que sean efectivos.

Ha quedado demostrado en otras legislaciones que incluso se permiten asociaciones de carácter mixto (en Colombia sindicatos de trabajadores oficiales y de empleados públicos) que si bien pertenecen a diferentes regímenes legales, pueden unificar su lucha por el reconocimiento no solo de reivindicaciones de carácter económicas, sino también sociales, políticas, etc.

Ahora, hay que tener claro que a lo largo de la historia el sindicalismo en el sector público del Ecuador, solo ha sido permitido para los obreros regidos por el Código del Trabajo<sup>39</sup>, y eso lo hemos descrito en capítulos anteriores; el hecho de unificar los regímenes laborales en las instituciones del Estado, estableciendo que todos los ciudadanos y ciudadanas que presten sus servicios laborales serán servidores públicos no tiene un antecedente cercano en la región, ni en la historia de nuestro país, por ello es una construcción muy importante la que se debe hacer de la nueva LOSEP.

La mayor referencia que tenemos de los derechos colectivos tanto en la doctrina como en la ley, se encuentra en el derecho laboral del cual son parte, pues estos instrumentos han sido y son sumamente importantes para el establecimiento de mejoras en las condiciones de vida de los obreros, la parte más débil de las relaciones laborales. En el plano de lo público, han sido vistos como un peligro para la seguridad y la paz de la administración estatal, abstrayéndose de la realidad de que el servidor público también presta su fuerza de trabajo o su esfuerzo intelectual para recibir una remuneración que le permita sustentar su vida y la de su familia –siendo esto último que mencionamos el factor que identifica tanto a servidor público como a trabajador privado-, es por eso que para el establecimiento de estos **derechos de carácter colectivo** para los servidores publicos deben tener su más cercana referencia en el ámbito privado pero siempre conservando características

---

<sup>39</sup> A excepción de la Constitución de 1946, la cual reconocía ciertos derechos de ejercicio colectivo a servidores públicos.



propias, en vista que de ahora serán parte del derecho administrativo y no del derecho laboral.

### 5.3. LA SINDICALIZACIÓN PARA FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

Coincidiendo con el pensamiento de Jorge Villada, los derechos colectivos en el ámbito del derecho laboral vienen a significar la existencia de un solo derecho tripartito, o dicho de otro modo, son derechos de carácter complementario y nos atreveríamos a decir hasta interdependientes, de la forma que sindicalización-convención colectiva- huelga, se deben concebir así de unidos y en ese orden. Hay que ver si esta secuencia se la puede conseguir en el ámbito público.

El principio básico que se subsume en el derecho de sindicalización debe ser la Solidaridad. A decir de Ramiro Acosta ésta solidaridad es de tres tipos: **solidaridad orgánica**, que no es sino la suma de varios sujetos que se identifican entre sí por una causa común; para el caso que nos concierne vienen a ser los trabajadores.

La segunda clase de solidaridad, estaría denominada **solidaridad ética**, que deviene de la concientización de dichos trabajadores acerca de las relaciones injustas en las que el ser humano se ha situado en relación a otros seres de su misma especie, ante lo cual los miembros del grupo o clase social que se encuentra en desventaja frente a la otra, deberá estar claro que esa realidad le aqueja no solo a él sino a todo ese grupo –clase social en términos clásicos--.

Finalmente, y como fruto del reconocimiento de las dos clases de solidaridad detalladas anteriormente, resulta la tercera: **solidaridad activa**, y para que se materialice dicha solidaridad, surgen contratos de solidaridad como vínculos jurídicos que permiten, de manera interna y externa, exigir derechos como cumplir obligaciones. De manera interna, a través de estatutos y externamente en cambio esos derechos y obligaciones las tienen en relación al empleador, el Estado y la sociedad en general a través de lo establecido en la norma respectiva. El mismo autor, plantea que la necesidad de sindicalizarse vienen dadas por una “primigenia motivación de asociarse, por un sentido de necesidad antes que por otras consideraciones”. (Acosta, 1989: 21 y 22).



El tratadista Jairo Villegas, cita a HAURIU quien sentencia:

“Las razones esenciales de la incompatibilidad entre la forma sindical de agrupación de los funcionarios, es que la forma sindical es por ella misma una organización de lucha que implica una actitud de hostilidad hacia la jerarquía... el mundo administrativo, es un mundo ordenado como todo lo que forma parte del Estado. La jerarquía administrativa es una corporación sin patrones ni empleados y en su interior los conflictos deben tener una solución administrativa o contenciosa, pero nunca a través de la lucha (Hauriou en Villegas, 2005: 109)

No obstante, hace mención a que esa visión fue cambiando a lo largo de los tiempos empezando en cofradías, hermandades y sociedades mutualistas que desarrollaron una primera forma de sindicalización en los referidos sindicatos de empleados.

Esta realidad fue reconociéndose jurídicamente en forma progresiva por los diferentes Estados, sobre todo por el reconocimiento de la declaración universal de los derechos humanos y los convenios de la OIT (Villegas, 2005: 110)

Cabe mencionar que el derecho a la sindicalización ha sido la punta de lanza tanto para los empleados públicos cuanto para los gobiernos históricamente, en el sentido de que ha significado un punto de referenciación del resto de derechos colectivos, que sin un organismo de trabajadores u obreros públicos organizados, no hubieran podido ejercerse ni exigirse.

Históricamente, nos cuenta Johana Ponce que en la década de los ochentas en el Ecuador los trabajadores públicos alentados por la normativa constitucional vigente (desde 1979) buscaron regular las relaciones laborales con quien sería en definitiva su empleador, es decir el Estado. Se sostenía la idea -según la autora- de que existían algunas actividades que representaban una función directa del Estado, como la prestación de servicios públicos esenciales, pero por otro lado, habían otros sectores e instituciones como las de la seguridad social y las empresas telefónicas, eléctricas y de hidrocarburos, que pronto se



vieron llenas de sindicatos y de contratos colectivos por el camino que se abrió para que esto efectivamente ocurra. (Ponce, 2011:14)

Esto se agudizó en la década siguiente con las leyes privatizadoras, que otorgaron incluso la posibilidad de la prestación de servicios públicos a agentes privados y por lo tanto los trabajadores y empleados del sector público fueron afectados de manera directa, lo que comenzaron a constituirse varias organizaciones sindicales en defensa de sus condiciones de trabajo.

En lo conceptual el profesor José Ignacio Narváez define sindicato de la siguiente manera: “Sindicato: pueden ser de patronos, de trabajadores y de quienes ejerzan una actividad independiente. Se constituyen, funcionan y se extinguen de conformidad con la ley laboral, esta garantiza el derecho de asociarse libremente en defensa de los intereses comunes, aunque les prohíbe tener por objeto la explotación de negocios o actividades con fines de lucro, lo cual en gran medida impide su robustecimiento patrimonial” (Narváez en Vásquez. 2010: 43)

Guillermo Cabanellas por su parte plantea que “sindicato (es) en el derecho laboral, toda organización o asociación profesional compuesta o integrada por personas que, ejerciendo el mismo oficio o profesión similares o conexos que se unen para el estudio y protección de los intereses que le son comunes de la actividad de sus miembros” (Cabanellas en Vásquez. 2010: 44).

Para la doctrina, en el ámbito del derecho laboral existen ciertas garantías para que este derecho pueda ser ejercido, entre las cuales tenemos:

- La libertad de asociación que como veremos en líneas posteriores está reconocida en nuestra Constitución
- La autonomía sindical, que no exista dependencia ni subordinación en el ámbito organizativo de los sindicatos.
- Fuero Sindical, que muchas veces ha sido mal utilizada por representantes obreros, sin embargo esa es y debe continuar siendo una garantía básica.
- Garantías Accesorias, como sanciones penales para los empleadores que no respeten, entre otras. (Vásquez, 2010: 46-54)





Nos permitimos observar en este sentido que las garantías a las que hacemos referencia no han sido dadas por la buena voluntad de los empleadores, sino por los años de lucha de sindicatos a lo largo de la historia e incluso por la existencia de una Organización Internacional del Trabajo que en casi un siglo ha venido dictando acuerdos y resoluciones vinculantes en beneficio de los trabajadores.

Ahora, los fines para los que se sindicalizan los trabajadores como ya hemos hecho notar en diferentes párrafos a lo largo de este trabajo, son fundamentalmente el reconocimiento de óptimas condiciones laborales, la firma de convenios colectivos suscrita por los representantes sindicales a nombre de sus representados, y el presentar el pliego de peticiones para que en el caso de no solucionarse el conflicto de manera cordial, posteriormente poder declarar la huelga.

En nuestro Código de Trabajo no existe una definición clara de sindicato, sin embargo en su Art. 440 otorga el derecho a la libertad de asociación y en ese sentido dice: “Libertad de asociación.- Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones” (Código de Trabajo de Ecuador, 2016). Además en el 441 se establece la posibilidad de que se pertenezcan a otras organizaciones de segundo grado como federaciones, lo cual podría resultar beneficioso también si se lo aplica en el sector público. Finalmente podemos decir que en el sector privado existen varias estructuras sindicales cada una con sus características propias<sup>40</sup> las que no vienen al caso analizar puesto que en el sector publico solo existiría bajo nuestra propuesta una clase de sindicato llamado de esa forma, que podrá asociarse con otros sindicatos para formar sindicatos de segundo y tercer nivel.

Hay que hacer así mismo una pequeña diferenciación entre la libertad de asociación y la de sindicalización, en tanto que la primera viene a ser un

---

<sup>40</sup> En el sector privado existen varios tipos de organizaciones de trabajadores, tal es el caso de los comités de empresa, sindicatos, asociaciones profesionales.





derecho establecido a todos los seres humanos de auto determinarse, reconocerse como ser social, y desde luego buscar el fin común que tienen quienes se asocian. Esta se encuentra reconocida en el Art. 66 numeral 13 de la Constitución como uno más de los derechos de libertad. En cambio la sindicalización tiene fines mucho más específicos, generalmente con implicaciones económicas o sociales. Esta figura busca algo concreto y eso es el mejoramiento de sus condiciones o el mantenimiento de lo que considera justo el sindicato en relación a sus intereses de clase. Está reconocida actualmente en el Art. 326 de la Carta Magna.

Entonces, en razón de estas consideraciones que rigen en la actualidad para los trabajadores privados, debemos establecer este derecho en el sector público, con las similitudes que por su puesto se puedan considerar, pero entendiendo que su naturaleza jurídica (regida por el derecho público) será diferente.

#### **5.4. CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO Y LA HUELGA.**

Debemos empezar estableciendo que en las relaciones laborales pueden presentarse conflictos, para lo cual traemos a consideración lo que el tratadista Guillermo Cabanellas determina:

“CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO: La oposición o pugna manifestada entre un grupo de trabajadores y uno o más patronos. Frente al individual, se ha caracterizado el conflicto colectivo por la pluralidad de litigantes por estar en juego los intereses abstractos de la mayoría; por interesar las divergencias al grupo no como suma material de individuos sino como representantes de una comunidad definida de intereses; por referirse a las contiendas sobre relaciones obligatorias intersindicales. El conflicto es colectivo cuando atañe al grupo no por sus relaciones individuales de trabajo, sino en consideración a los intereses y derechos de esos mismos grupos concebidos autónomamente. A veces, el despido de un solo obrero, por aspectos singulares, puede originar un conflicto colectivo, por solidaridad de otros trabajadores; por el contrario, el despido de la totalidad de los obreros de una empresa por



cierre de fábrica, puede quedar localizado, en una o varias demandas como individual o acumulativo (...)” (Cabanellas en Vásquez, 2010:115-116).

Vale destacar que lo establecido categóricamente por el maestro Cabanellas tiene relación con otros autores a quien él hace mención en esta definición, sin embargo la idea queda muy clara sobre todo en relación a los elementos esenciales que serían: la contraposición de posturas entre las partes; se da en el contexto de una relación laboral; y, pueden ser de varios tipos. En razón de los tipos de conflictos colectivos existen diferentes clasificaciones, desde aquellas que determinan dos tipos: conflictos jurídicos y por condiciones salariales, o como manifiesta el Dr. Julio César Trujillo: Conflictos de Derecho y Conflictos Económicos (Trujillo en Vásquez, 2010: 127). No obstante, para el objeto del presente trabajo, nos interesa conocer la clasificación que viene dada en razón de los sujetos que participan del conflicto, y se lo subdivide en paro y huelga.

En ese sentido tenemos el **paro** que es una paralización de actividades por parte de los patronos. Al ser el Estado el empleador en las relaciones de trabajo en relación a los servidores públicos, no podríamos pensar que existe derecho de ejercer un paro, por tanto no profundizaremos en el tema y más bien nos centraremos en **la huelga**.

Como ya lo expresamos al inicio de este trabajo, a lo largo de la historia, los trabajadores necesariamente han tenido que organizarse en los denominados sindicatos, que tienen como una de sus mayores responsabilidades la toma de decisiones entre las cuales estaban representar a sus pares en los conflictos colectivos de trabajo que se originan para hacer escuchar la inconformidad con las condiciones sociales y económicas que devienen muchas de las veces de una relación de explotación.

Durante el siglo XIX en Europa, hasta el XX, en ese continente y también en Latinoamérica, se establecerían cruentas luchas por las reivindicaciones de salarios y de condiciones de trabajo que terminarían dando significado al derecho a la huelga.



Desde la doctrina podemos decir que, según el tratadista Julio César Trujillo establece que es “la suspensión colectiva de trabajadores coligados y, por lo mismo, suspende los contratos individuales de trabajo por todo el tiempo que ella dure, sin terminar ni extinguir los derechos y obligaciones provenientes de tales contratos” (Trujillo en Vásquez, 2010: 271)

De otra forma podríamos considerarla como la “suspensión del trabajo llevada a cabo por una pluralidad de trabajadores” (Pozzo en Monesterolo, 2011: 223).

Según el Código laboral vigente, Huelga es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados.<sup>41</sup>

En nuestro país se reconoce constitucionalmente la huelga en el sector privado, este derecho es ejercido por los sindicatos luego de pasar por varias etapas previas como la obligatoria de conciliación y arbitraje, a la que le tiene que anteceder la presentación de un pliego de peticiones. Si luego de seguir todo el procedimiento, no habría una posibilidad de acuerdo, la huelga podrá ser declarada con las implicaciones que eso conlleva. Los servicios mínimos a prestarse en la empresa o lugar de trabajo mientras dure la huelga deberán ser decididos por el tribunal creado para el efecto, pero nunca podrá ser menor al 20% de la planta y cuando no exista un acuerdo entre las partes se estará a lo determinado por el Ministerio de Trabajo.<sup>42</sup>

Nuestra legislación guarda concordancia con varios doctrinarios, que manifiestan que la huelga viene a ser el último de los recursos a usar en una situación de conflicto, luego de pasar por un proceso de negociación pacífica que hubiese resultado fallida se puede tornar propicia la medida.

La doctrina diferencia varios tipos de huelga, sin embargo para el objetivo del presente trabajo daremos a conocer las reconocidas en nuestra legislación que el autor Jorge Vásquez la diferencia de la siguiente manera:

Huelga Legal.- Como aquella que se ha desarrollado con la observancia de las disposiciones legales, esto es haber sido declarada por una o más de las causales previstas en el 497 del Código del Trabajo, haber cumplido con todas

---

<sup>41</sup> Código de Trabajo, Artículo 467.

<sup>42</sup> Código del Trabajo, Artículo 515.



las etapas previas, haber sido declarada por la organización sindical competente (de manera regular es Comité de Empresa) y siempre que sea pacífica y no se cometan actos que contraríen la ley.

Huelga Ilegal.- La que se realizare inobservando lo establecido en la ley. Esta produce la pérdida de ciertas garantías de los trabajadores como por ejemplo la pérdida de la estabilidad posterior de un año que le otorga la ley y pierde el derecho a recibir remuneración durante los días que durase la medida.

Huelga Lícita.- La que se realiza con fines permitidos en la ley, la que no contraviene a la moral o a la fe pública.

Huelga Ilícita.- La que ha violado la ley, en la que se han dado actos violentos o destrucción de la propiedad del patrono. Este tipo de huelgas pueden acarrear sanciones penales.

Huelga Solidaria.- Es una huelga de respaldo determinada en el Art. 505 del Código de Trabajo, el mismo que determina: “Art. 505.- La ley reconoce también el derecho de huelga cuando tenga por objeto solidarizarse con las huelgas lícitas de los trabajadores de otras empresas. En este caso, se observará lo dispuesto en los artículos 499, 500 y 501 de este Código. El empleador no estará obligado al pago de la remuneración por los días de huelga solidaria” (Vásquez, 2010: 289 - 293).

Ahora, es de suma importancia traer a consideración lo dicho en el Código de Trabajo en relación a huelgas en empresas (o instituciones) que prestan servicios de interés social o público. Al respecto se establece que:

**Art. 514.-** Declaración de huelga en las instituciones y empresas que prestan servicios de interés social o público.- En las empresas e instituciones del Sector Público, determinadas en el artículo 118 (*actual* 326) de la Constitución Política de la República, Banco Central del Ecuador y Banco Nacional de Fomento, sólo podrán suspender las labores, veinte días después de declarada la huelga. Igual plazo deberá mediar entre la declaratoria de huelga y la suspensión de labores, en las empresas de energía eléctrica, agua potable, distribución de



gas y otros combustibles, hotelería, bancos privados, asociaciones de ahorro y crédito para la vivienda y entidades financieras, transportes, provisión de artículos alimenticios, hospitales, clínicas, asilos y, en general, de los servicios de salubridad y de asistencia social, empresas ganaderas, agropecuarias y agrícolas, dedicadas a actividades que por su naturaleza demandan cuidados permanentes.

El plazo de veinte días empezará a contarse a partir de la fecha de notificación al empleador, con la declaratoria de huelga.

**Art. 515.- Servicios mínimos.-** Dentro de las cuarenta y ocho horas de recibida por el empleador la notificación a que alude el artículo anterior, las partes deberán convenir las modalidades de la prestación de servicios mínimos que deberán mantenerse mientras dure la huelga con la permanencia en el trabajo de un número de trabajadores no inferior al veinte por ciento del plantel, a fin de atender las necesidades imprescindibles de los usuarios y precautelar las instalaciones, activos y bienes de la empresa, que demanden mantenimiento y atención.(...)”(Código de Trabajo, 2016).

En estos artículos que se establecen condiciones para la realización de la huelga en ciertas instituciones del sector público, huelgas que se entiende sería declaradas por los trabajadores del sector público regidos por el Código de Trabajo; es importante conocer como se ejerce este derecho a fin de que la reforma que se realice en reconocimiento del derecho de huelga para los funcionarios públicos tenga un tratamiento similar.

El Estado siempre ha sido mediador en los conflictos colectivos cuando se han suscitado entre particulares, pero ¿qué pasa cuando esto ocurre teniéndolo a este como empleador? Ramiro Acosta nos responde dicha interrogante manifestando que a su criterio este se convertiría en juez y parte (Acosta, 1989: 35).

Entendemos que esto puede significar un problema, porque -coincidiendo con Acosta- el Estado no puede actuar en contra de sí mismo, en primer lugar porque el Estado somos todos y aunque pueda vulnerársele derechos a uno o



más empleados públicos, éste no podrá reconocer aquello en desmedro de sí mismo. La preocupación que nos surge es en el sentido de que así como el Estado representa el interés general, no es menos cierto que existen niveles de responsabilidad y ejecución de tareas al interior de las distintas instancias y organismos del sector público, en donde nada impide que existan tratos indebidos de sectores de funcionarios jerárquicamente superiores hacia otros de inferior rango. En segundo lugar, hablamos de que la división de poderes del Estado, desde su concepción sirvió para regularse las unas a las otras; entonces, si en este caso la Función Judicial está llamada a solventar los conflictos que surjan y que no puedan ser resueltos por vía administrativa o por medios alternativos de solución de conflictos (mediación, arbitraje), nos preguntamos, ¿para que la necesidad de la figura de huelga en el sector público de Ecuador? La respuesta viene dada en la misma propuesta que ya se ha planteado en torno a la reforma a la LOSEP, en el sentido de que la huelga en el sector público debe tener sus características propias, debe ser auténtica y con causales claramente definidas, salvaguardando lo establecido en el marco constitucional, fundamentalmente lo relativo a la no paralización de los servicios públicos, pero también, haciendo de este instrumento una posibilidad real de auto tutelar la administración pública desde los directamente involucrados.

El desenvolvimiento de la huelga en el sector público no puede alterar la prestación de servicios, por ello es necesario generar normas que ordenen establecer servicios mínimos en ese caso sí como en el sector privado y las demás características que no atenten contra la ley y el bien común.

## **5.5. EL CONTRATO COLECTIVO EN EL SECTOR PRIVADO Y LA IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO.**

### **5.5.1. CONVENCIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO**

Carlos Álvarez Pereira trae a consideración que el primer autor en el mundo que denominó a la institución como convención colectiva de trabajo fue el Profesor León Duguit quien la definió de la siguiente manera:



“La convención colectiva de trabajo es en general un convenio para **poner fin a una huelga o prevenirla**, celebrado entre los integrantes de las empresas y los representantes de los intereses obreros y sirve para determinar las condiciones según las cuales podrá celebrarse en el futuro la contratación de los obreros de la profesión, particularmente en lo que concierne al monto de los salarios y a las horas de trabajo. En otros términos lo que se llama el contrato colectivo de trabajo, es la convención que determina la regla general o sea la ley, según la cual, deberán otorgarse, en el futuro los contratos individuales de trabajo” (Duguit en Álvarez, 2010:423).

Guillermo González, por su parte plantea que:

“La convención colectiva es un acto jurídico solemne, de carácter clasista, de contenido principalmente normativo, concluido entre uno o varios sindicatos o federaciones sindicales y uno o varios empresarios o asociaciones de patronos, que crea un derecho objetivo más favorable que la ley, para que sirva de contenido obligatorio de los contratos individuales de trabajo mientras rija” (González en Álvarez, 2010:431)

Los dos autores, traen varios elementos importantes, como es el hecho de considerar a la convención colectiva como un instrumento que previene la huelga o ayuda a que se ponga fin, además de que es el referente para la suscripción de futuros contratos individuales, lo que es aplicado en nuestro país en el Art. 244 del Código del Trabajo; sin considerar que éste es un instrumento reivindicativo de derechos laborales y tiene el carácter voluntario, entre las partes de la relación laboral (obreros-patrono/s).<sup>43</sup>

#### **5.5.2. REFERENCIA CONCEPTUAL DE CONTRATO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA.**

En el sector privado el CONTRATO COLECTIVO viene a ser el instrumento para que la convención colectiva se lleve a cabo y se convierta en una fuente de derecho; en palabras de León Duguit este es “un acto regla, acto creador del derecho objetivo” (Duguit en Álvarez, 2010:422), en medida de que se

---

<sup>43</sup> Esta institución se encuentra reglada en el derecho colectivo laboral.





superpone a lo establecido en la ley y se establecen mayores beneficios y garantías sobre todo en términos salariales o con implicación económica y de concesiones especiales como permisos y otras. De manera que podríamos pensar que verdaderamente no se trata de un contrato, porque este último viene a ser ley únicamente para las partes, sino más bien sería una fuente del derecho con un carácter más general, pues sus efectos recaerían en todos los trabajadores de la empresa, integrantes o no del sindicato que intervino en su suscripción.

Esto se compagina con lo dicho por Julio César Trujillo que la autora Graciela Monesterolo trae a consideración en su obra: Instituciones del Derecho Laboral Colectivo. Se dice lo siguiente:

“Son muy diversas las doctrinas que procuran determinar la naturaleza jurídica del contrato colectivo:

- Unas lo asimilan a contratos civiles, como el de mandato o gestión de negocios;
- Otras, le niegan la calidad contractual;
- Por último, hay quienes le reconocen una naturaleza híbrida: cuerpo de contrato y espíritu de ley” (Trujillo en Monesterolo, 2011:121)

Trujillo concluye que “no se trata de un convenio sino de una fuente autónoma de derecho objetivo” (Trujillo en Monesterolo, 2011:121)

Vale hacer una distinción, y es que dicha figura tiene una naturaleza distinta a los CONTRATOS INDIVIDUALES en el ámbito laboral, pues el Contrato Colectivo sirve para beneficiar al conglomerado de trabajadores de una empresa o industria y cuyas reglas las construyen las dos partes de la relación laboral, a diferencia de los contratos individuales que es ley para las partes contratantes y no obliga a terceros; estos, la gran mayoría de veces se pueden equiparar con los contratos de adhesión, pues las reglas están prácticamente establecidas por el patrono y es casi nula toda posibilidad de negociación o de beneficios adicionales requeridos por el trabajador pero que de todas formas, en este caso, si existe una naturaleza contractual.





### 5.5.3. OTROS INSTRUMENTOS DE LA CONVENCION COLECTIVA.

Si bien la gran cantidad de tratadistas establecen una sinonimia entre los términos convención, contrato, pacto colectivo, haremos un acercamiento a ciertas distinciones entre ellas para en el siguiente subtema aterrizar en lo concerniente a los acuerdos de carácter colectivos en el sector público. Para Guillermo Cabanellas, “contrato colectivo es el suscrito, con uno o más patronos, por una entidad laboral; esto es por un sindicato o grupo obrero, para facilitar ocupación remunerada a los trabajadores afiliados o representados” (Cabanellas, 2001:134).

Sin embargo, continúa el autor con una diferenciación en el siguiente sentido:

“en todo contrato de trabajo sea individual o colectivo, hay siempre una prestación efectiva laboral; esto es, nace de ello una obligación de prestar un servicio o de realizar una obra. Por esta razón conviene distinguir entre convenio colectivo de trabajo y el *pacto colectivo de condiciones de trabajo*, en el que en realidad no hay prestación efectiva de servicio, pues es el molde dentro del cual han de vaciarse los contratos de trabajo. En los pactos colectivos no aparece una relación de dependencia (mientras que en los contratos colectivos, si, no un conjunto de normas de aplicación jurídica y contractual. Conviene pues reservar la denominación de contrato colectivo de trabajo para aquellos contratos de trabajo en donde hay pluralidad de sujetos, y llamar pactos colectivos de condiciones de trabajo los acuerdos o bases que determinan las condiciones dentro de las cuales han de realizarse la prestación de servicios, las normas de orden general acordadas por las representaciones de clase y con la finalidad del desarrollo profesional” (Cabanellas, 2001:134).

En la legislación chilena por su parte se establece que “Contrato Colectivo es el celebrado por uno o más empleadores con una o más representaciones sindicales o con trabajadores que se unan para negociar colectivamente, o con unos y otros, con el objeto de establecer condiciones comunes de trabajo y de remuneraciones por un tiempo determinado”<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Código de Trabajo de Chile. Art. 303.



En todo el articulado del Código Laboral chileno se utilizan los términos contrato por una parte y convenio por otra, por lo que luego de su revisión podríamos decir que existen leves diferenciaciones, por ejemplo, en referencia al artículo citado, cuando dice “o con unos o con otros”, hace una diferenciación entre quienes firmarán el contrato (de manera reglada, establecida como la regla general) que a nuestro criterio serán los sindicatos reconocidos para el efecto; y, con quienes a pesar de no pertenecer al sindicato mayoritario, podrían firmar los convenios.

#### **5.5.4. ALTERNATIVAS PARA LA APLICACIÓN DE ACUERDOS ENTRE SINDICATOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y EL ESTADO EMPLEADOR**

Históricamente en nuestro país los contratos colectivos han sido suscritos desde que existe el mismo Código de Trabajo para los obreros regido por éste (incluidos obreros del sector público) pero nunca ha sido reconocido para ser aplicado por funcionarios públicos.

Ahora, con la disposición constitucional enmendada que establece “en virtud de que el Estado y la administración pública tienen la obligación de velar por el interés general, sólo habrá Contratación colectiva para el sector privado” (Constitución del Ecuador. Artículo 326 numeral 16) queda claro que este derecho no estaría contemplado para servidores del Estado, y sin temor a equivocarnos creemos que a lo que apuntaba el legislador al momento de la creación de esta norma, era blindar al Estado para que no se puedan pactar condiciones de carácter económico, superiores a las establecidas por la misma administración pública.

Al respecto compartimos lo dicho por Clara Dueñas, quien explica que “todas las condiciones que rigen la relación laboral están previamente determinadas en la Constitución, la ley o el reglamento, de manera que en materia salarial no es posible acuerdo alguno entre el Estado empleador y el empleado público. Dicho de otra manera, la determinación del régimen salarial de los empleados públicos radica en las autoridades a las que el constituyente les atribuyó la competencia, esto es, legislador y ejecutivo” (Dueñas, 2009:219)

Aceptando entonces las palabras de la autora anteriormente mencionada y reconociendo que el Estado no puede pactar condiciones superiores de



sueldos, salarios y otros beneficios económicos<sup>45</sup>, cabe preguntarnos si ¿es factible que exista alguna forma para que los derechos de ejercicio colectivo en el sector público no rompan su estructura interdependiente?, es decir, si no existe convención colectiva o al menos un mecanismo de obligatorio cumplimiento para la aplicación de derechos de ejercicio colectivo en una u otra institución pública, faltaría uno de los más grandes sustentos para la existencia de organizaciones sindicales y se daría paso a que la huelga pueda, o ser ejercida de manera extrema (pues no olvidemos que en analogía con el sector privado el contrato colectivo también está llamado a evitar conflictos colectivos) o de otra manera esta (huelga) sea ejercida para una menor cantidad de situaciones, lo que evidentemente estaría afectando a lo dicho en la constitución cuando establece “los servidores públicos tendrán derecho a la organización para la defensa de sus derechos, para la mejora en la prestación de servicios públicos, y a la huelga de conformidad con la Constitución y la Ley”<sup>46</sup>.

No olvidemos que el reconocer a los obreros y funcionarios públicos en un mismo régimen es una excepción a la regla general de las legislaciones en la región, en las cuales los obreros del sector público por un lado y funcionarios estatales por otro, pertenecen a un régimen normativo diferente en razón de sus funciones; entonces creemos que la salida que se encuentre debe ser igual de innovadora pero sustentada.

#### **5.5.4.1. EL ACUERDO PARTICIPATIVO, COMO RESPUESTA A LA NECESIDAD DE UN INSTRUMENTO DE CONVENCIÓN ENTRE EL ESTADO Y SUS TRABAJADORES**

El régimen laboral en el sector público, se debe unificar por efecto de lo que manifestamos al inicio del presente capítulo. La LOSEP al ser una de las leyes que rigen el sector público, debe adecuarse a la nueva normativa constitucional y en ese sentido nos preocupa la inaplicabilidad del ejercicio de los derechos

---

<sup>45</sup> A pesar de que como hemos visto en capítulos anteriores en legislaciones como Paraguay aquello está completamente permitido en función de que existan rubros presupuestados en el año a firmarse el convenio.

<sup>46</sup> Constitución del Ecuador, Artículo 326 numeral 16.



de la huelga y sindicalización de funcionarios públicos, en medida de que si bien los derechos mencionados si están reconocidos de manera expresa en la Constitución, como dijimos en líneas anteriores les falta uno de sus derechos consustanciales como lo es la contratación colectiva.

Estamos claros en el hecho de que al ser incorporados en una norma de derecho público, la naturaleza jurídica de estos derechos varían considerablemente y por ello la propuesta que hemos hecho respecto a los sindicatos y el derecho a la huelga guarda relación con el principio de legalidad en el sector público, en donde únicamente se puede hacer lo que expresamente está permitido en la norma. Tomando en cuenta estas precisiones entonces, nos debemos adentrar al derecho público para buscar una salida factible que ayude a darle una fisonomía propia a estos derechos que se ejercen colectivamente y tratar de establecer la posibilidad de que la representación sindical pueda gestionar un acuerdo macro al que se adhieran los funcionarios públicos individualmente considerados.

En ese sentido tenemos que ciertos funcionarios estatales tienen a su cargo actos discrecionales, es decir basados en las facultades que les da la ley para tomar decisiones y emitir actos denominados **administrativos**, estos que semánticamente pueden ser considerados como “la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afectan a derechos, intereses de particulares o entidades públicas” (Enciclopedia ESPASA, 1999: 133). Por regla general se le atribuye a la función ejecutiva, y son dirigidos hacia una sola situación en concreto. Prácticamente integran actos administrativos todas las resoluciones y disposiciones verbales o escritas, sean **acuerdos**, órdenes, decretos, entre otros. Los actos administrativos se basan en las competencias que les da la ley a los funcionarios que tienen capacidad para ejercerlos.

Doctrinariamente, acto administrativo para el maestro Roberto Dromi “son actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y **generales**, con efectos directos e indirectos” (Dromi en Morales, 2011: 121).



Por otro lado, el profesor Tomás Ramón Fernández, manifiesta que acto administrativo “es la declaración de voluntad; de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (Ramón Fernández en Morales, 2011: 121).

El tratadista Marco Morales Tobar manifiesta que “el acto administrativo busca dar con un objetivo concreto además de establecer una relación jurídica entre el Estado que actúa como público unas veces y otras como persona jurídica, con los administrados, sean estas personas físicas o morales (jurídicas) y en segundo término con la misma Administración” (Morales, 2011: 121). El autor - continúa- afirma que este tipo de actos son de carácter individual, sin embargo, haciendo una reflexión de todo lo dicho en estas líneas, podemos pensar que sería completamente legal y legítimo que en la ley que rige la función pública (LOSEP), se pueda establecer disposiciones que permitan a quien corresponda, establecer una figura como un Acuerdo macro, que vía acto administrativo se aplique para los funcionarios y funcionarias que sean parte de la organización sindical, cuya directiva habría hecho las gestiones necesarias para que se reconozcan derechos y procedimientos para ejercerlos. Dicho de otra forma, bajo esta premisa el sindicato de servidores públicos podría entablar conversaciones con la autoridad competente, a fin de **acordar** el reconocimiento de derechos a un determinado grupo de sus sindicalizados o el procedimiento para ejercerlos, por ejemplo en relación a aquellos que trabajaren en horas de la madrugada y se les deba subvencionar el traslado a su hogar, entre otros que se detallarán en el capítulo siguiente.

Esta idea, encuentra sustento en lo que el autor citado establece como las características de los actos administrativos, que son:

- 1.- Declaración de voluntad de autoridad competente
- 2.- Versar sobre asuntos de la administración pública
- 3.- Sus efectos jurídicos son de orden particular (lo que lo distingue de un reglamento que vendría a tener una implicación general) (Tobar, 2010: 119-126)



Ahora, de lo que dicho en los párrafos anteriores, podemos entender que la Administración Pública, sobre todo en lo que refiere a los funcionarios regidos por la LOSEP, puede generar actos administrativos para suscribir bajo esa figura **Acuerdos** gestionados por la representación gremial, pero que tengan que ser suscritos con cada uno de los trabajadores.

Este acuerdo, para guardar concordancia con las 3 características de los actos administrativos traídos a consideración en líneas anteriores, debería ser de carácter particular (es decir no estar reglamentado sino ser particularizado, ya sea para uno o para una cantidad determinada de servidores públicos que se adhieran a éste), deben ser lógicamente funcionarios estatales (es decir parte de la administración pública) y debe haber la voluntad de la autoridad para suscribirlo.

En Ecuador, existía y siguen existiendo para los obreros del sector público contratos colectivos en donde se puede pactar por encima de la ley, lo que incluso a nuestro parecer sería perjudicial que se generalice a los funcionarios del sector público. Entonces, si se llega a plasmar un Acuerdo entre los funcionarios públicos y el Estado como empleador, este no puede tener bajo ningún concepto beneficios extraordinarios que perjudiquen el arca fiscal ni tampoco pueden existir implicaciones económicas indirectas, a menos que se traten de derechos individuales contemplados en el Art. 23 de la LOSEP, para lo cual deberán estar previamente presupuestadas.

En relación a esta posibilidad<sup>47</sup>, nos preguntamos, ¿qué ocurriría si en Ecuador se pudiera convenir mediante un acuerdo de carácter administrativo, que uno o varios servidores públicos puedan sustentar su derecho a estudiar un posgrado? Dejando claro en este ejemplo que no decimos que la institución u organismo estatal que funge como empleador le pague los estudios, sino que, se solicita que mientras este servidor con nombramiento permanente o incluso con contrato, se encuentre realizando sus estudios, fuera de la provincia en donde reside o incluso en el exterior, debería otorgársele el permiso correspondiente sin que esto implique una reducción en su remuneración,

---

<sup>47</sup> Que recalcamos sería de absoluta disposición de la autoridad administrativa que en base a su discrecionalidad definirá si emite o no dicho acto administrativo.



siempre que el programa de estudios a cursar no signifique la ausencia temporal de tiempo completo de sus labores a quien se desee acoger a este beneficio, en cuyo caso deberá solicitar una licencia sin remuneración; o cómo se va a hacer efectivo el goce de los derechos consagrados en el 23 de la LOSEP, en donde por ejemplo se dispone que se podrá acceder a la guardería de los niños menores a 4 años, mediante este tipo de Acuerdo se puede establecer que si no hay la infraestructura física o el personal, o si existe una pequeña cantidad de hijos de servidores que requieran y se pueda posibilitar a que la institución pague directamente a una guardería cercana (siempre que eso este presupuestado el año anterior) o se hagan las gestiones con las guarderías estatales pero que de alguna manera se refuerce y se asegure esos derechos; en definitiva la idea no se centra en que se ejerzan derechos no establecidos en la ley, sino al contrario, planteamos que por un Acuerdo de este tipo se hagan efectivos los derechos establecidos en la LOSEP.

Por ello y para guardar concordancia con lo que hemos propuesto en relación a los sindicatos en la reforma legislativa a analizar en el próximo capítulo, planteamos que estos sean los llamados a suscribir este tipo de Acuerdos.

Ahora, en la propuesta legislativa presentada en la Asamblea Nacional y en la que tuvimos la posibilidad de aportar, se tomó estableció las palabras “CONVENIO COLECTIVO” a este tipo de acuerdos, no obstante, dicha nomenclatura trae consigo un simbolismo dirigido a tratar de conservar al menos en su nombre dicha institución histórica de los trabajadores, sin embargo, conscientes de la naturaleza jurídica que acabamos de precisar, no existiría mayor inconformidad en que se establezca un nombre mucho menos confuso pero que en esencia contenga lo planteado en estas líneas; propondríamos que se pueda denominar ACUERDO PARTICIPATIVO, acuerdo colectivo, o bien cualquier otra denominación que el legislador considere pertinente.





## CAPÍTULO VI

### 6.1 PROPUESTA DE REFORMA A LA LOSEP

En el mes de enero de 2016, una vez que presentamos el esquema de la presente monografía y en la espera de su aprobación, siendo parte del equipo de trabajo del Asambleísta Diego Vintimilla, representante de la Provincia del Azuay, pudimos colaborar en la elaboración del proyecto de Ley reformativa a la Ley Orgánica de Servicio Público, la misma que fue aprobada por el Consejo de Administración Legislativa y que actualmente se encuentra debatiéndose en la Comisión de los Derechos de los Trabajadores de la Asamblea Nacional; en ese sentido, traemos a consideración lo referente a los derechos de ejercicio colectivo como se ha denominado en el mencionado proyecto de Ley reformativa, considerando que al haber podido contribuir de manera directa en sus contenidos, nos plegamos en casi todo su contenido, únicamente haremos algunos alcances en lo referente a la figura que en el proyecto se denominó Convenio Colectivo.

#### 6.1.1. PROPOUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DEL DERECHO A LA SINDICALIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO.

A continuación, hacemos conocer lo que a nuestro criterio debe contener la nueva normativa de la LOSEP que regule el derecho a la sindicalización en el sector público:

#### DERECHOS DE EJERCICIO COLECTIVO.

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.	
Libertad de constituir asociaciones y sindicatos	Las y los servidores públicos tienen derecho a constituir el o los sindicatos que estimen convenientes y de afiliarse y desafiliarse de ellos libremente.
DE LOS SINDICATOS DE SERVIDORES PÚBLICOS.	
Concepto	El sindicato es el espacio legítimamente constituido por servidoras y servidores públicos sin necesidad de autorización previa, deberá representar a sus pares, con el objeto de fomentar y defender los





	intereses de sus integrantes.
Ámbito	Los servidores públicos podrán conformar sindicatos, tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos internos, de elegir libremente a sus representantes en distintas formas de asamblea constitutiva, de organizar su administración y sus actividades, y el de formular su programa de acción.
Estructura Sindical	<p>Las y los servidores públicos podrán agruparse en los siguientes tipos de organización:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Sindicato: Organización de primer orden, conformado por servidores públicos de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicio para una misma institución o empresa (pública).</li> <li>b) Federación Sindical: Son organismos de segundo orden, conformados por sindicatos</li> <li>c) Confederación sindical, Organismo de Tercer orden, conformado por las federaciones. Para efectos de reconocimiento por parte del Estado solamente existirá una a nivel del país.</li> </ul>
Integración	<p>El servidor público deberá expresar su voluntad POR ESCRITO para pertenecer a esta organización. Únicamente se necesitará la condición de servidor público. Se excluye de manera expresa a servidores públicos electos por votación popular y quienes ocupen cargos de confianza o de nivel jerárquico superior.</p> <p>Para pertenecer a cualquier sindicato legalmente constituido es indispensable que conste por escrito la declaración expresa de que se quiere integrar al mismo. No se podrá presumir la afiliación, a pesar de haber sido establecida esta situación en el respectivo estatuto.</p>
Protección del Estado	Se establece que el Estado protegerá la conformación de estos sindicatos, siempre que persigan fines lícitos.
Personería Jurídica	Dichos sindicatos podrán obtener personería jurídica siempre que consten en los registros que para el efecto cree el Ministerio rector



	del Trabajo. Si no se reconociere se entenderán reconocidos en aplicación de las reglas del silencio administrativo.
Constitución	<p>En toda institución o empresa pública se deberá contar con al menos un sindicato de servidoras y servidores públicos, observándose las normas siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Existencia de una asamblea constitutiva. Sin embargo, si aquellos que no hayan podido participar de esta, podrán enviar por escrito su voluntad de adherirse de manera posterior.</li> <li>2.- Los estatutos del sindicato serán sometidos a la aprobación del Ministerio de Trabajo y posteriormente registrados en la Dirección Regional de Trabajo.</li> <li>3.- La directiva del sindicato se integrará por cualquier servidor público afiliado que no tenga prohibición de sindicalizarse y que se presente en las listas para ser elegido como tal.</li> <li>4.- La directiva del sindicato será elegida mediante votaciones directas y secretas, en las cuales podrán intervenir como votantes todas las personas trabajadoras de la empresa o institución (lógicamente que se exceptúan a quienes de manera expresa se les prohíbe esta sindicalización), que pertenezcan al sindicato y que sean funcionarios por al menos 90 días.</li> </ol>
Funciones	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Proponer clausulas para la celebración de convenios colectivos;</li> <li>2. Intervenir en los conflictos colectivos de trabajo;</li> <li>3. Resolver, de conformidad con los estatutos, los incidentes o conflictos internos que se susciten entre los miembros del sindicato, la directiva y la asamblea general;</li> <li>4. Defender los derechos de sus afiliados;</li> <li>5. Propender al mejoramiento de las condiciones de trabajo de sus afiliados;</li> <li>6. Representar a los afiliados, por medio de su personero legal, judicial o extrajudicialmente, en asuntos que les interese, cuando no prefieran reclamar sus derechos por sí mismos; y</li> <li>7. Designar los delegados de la organización para que participen en los cabildos e instancias de participación ciudadana existente</li> </ol>



	<p>en su jurisdicción;</p> <p>8. Presentar pliegos de peticiones sobre condiciones generales de trabajo establecidas en esta ley;</p> <p>9. Interponer reclamaciones de interés individual o colectivo ante las instancias administrativas pertinentes;</p> <p>10. Formular peticiones ante los poderes públicos;</p> <p>11. Formular consultas a las autoridades y entidades pertinentes;</p> <p>12. Prestar asesoramiento a sus afiliados u organizaciones afiliadas en los procedimientos que sigan ante las autoridades y entidades pertinentes;</p> <p>13. Declarar la huelga de acuerdo a la ley.</p>
--	---

Elaborado por: Julio Cárdenas.

Fuente: Proyecto de Ley Reformativa a la LOSEP presentado por el Asambleísta Diego Vintimilla Jarrín.

Adicionalmente se establece una diferenciación con las asociaciones gremiales de carácter no sindicales, la misma que detallamos a continuación:

DE LAS ASOCIACIONES GREMIALES	
Concepto	Las asociaciones gremiales son espacios conformados por servidores profesionales de diferentes empresas (públicas) o instituciones que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
Funciones	Las mismas pueden establecer sus funciones dentro de sus propios estatutos, respetando la Constitución y la Ley, sin embargo estas no podrán atribuirse funciones establecidas para los sindicatos federaciones o confederación de servidores públicos.
	La asociación puede realizar propuestas para el convenio colectivo (o Acuerdo de carácter administrativo) pero no participa del proceso de negociación ni puede firmar convenios colectivos.

Elaborado por: Julio Cárdenas.

Fuente: Proyecto de Ley Reformativa a la LOSEP presentado por el Asambleísta Diego Vintimilla Jarrín.



## 6.1.2. PROPOUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DEL DERECHO A LA HUELGA EN EL SECTOR PÚBLICO.

DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS	
Casos en los que se puede declarar la huelga	<p>1. Si notificada la máxima autoridad o representante jurídico según corresponda a la institución o empresa pública, con el pliego de peticiones no contestare en el término legal, o si la contestación fuere negativa;</p> <p>2. Si después de notificado la máxima autoridad o el representante jurídico de la institución o empresa pública, iniciare sumarios administrativos a uno o más servidores. Exceptuase el caso de sumarios del servidores que haya cometido actos violentos contra los bienes de la institución o empresa o contra la persona del representante jurídico o máxima autoridad o su representante;</p> <p>3.- La huelga podrá darse además, cuando en la institución pública de la que se trate, se estuviere realizando un manejo indebido de los fondos o de las gestiones para favorecer a una persona o grupo de personas en desmedro de los derechos de los trabajadores o del Estado o de la ciudadanía;</p> <p>4.- Cuando no se garanticen los derechos constitucionales de participación;</p> <p>5.- Cuando exista incumplimiento grave del convenio colectivo. En el convenio se detallarán las faltas graves;</p> <p>6.- Cuando se declare solidariamente para acompañar la huelga de otros trabajadores del sector público o privado, en este caso no se podrá paralizar más del 30% de la planta de trabajadores o servidores públicos del sindicato que se solidarice;</p> <p>7.- Cuando en ejercicio del derecho de resistencia;</p> <p>8.- Cuando la acción política del Estado atente con los principios o derechos consagrados en la Constitución.</p>
Procedimiento	La huelga no podrá declararse sino por los sindicatos o federaciones que representen la mitad más uno de los servidores



	<p>públicos del sector, o de la jurisdicción territorial de la institución o empresa pública o del sector del que se trate. Una vez declarada la huelga se deberá entregar el pliego de peticiones a la máxima autoridad de la institución para que en un lapso no mayor a 24 horas se reúna con representantes de las y los servidores públicos.</p> <p>El procedimiento para tramitar el pliego de peticiones deberá ser reglamentada por el ministerio rector del trabajo, pero en cualquier caso la respuesta motivada a las pretensiones de los servidores públicos, no podrá superar los 15 días.</p> <p>Si la respuesta contuviera un planteamiento de acuerdo, se deberá hacer conocido de los representantes sindicales a fin de que se pronuncien afirmativa o negativamente en un plazo máximo de dos días.</p> <p>Si se llegara a un acuerdo total y definitivo, se reestablecerán de inmediato el cien por ciento de las actividades de la institución o empresa de la que se trate.</p> <p>Si no existiere consenso o el acuerdo es parcial, se deberá dar un plazo de 15 días más, a fin de negociar los puntos de disenso. Si agotado este último plazo, no se llegare a un acuerdo total, los servidores y servidoras públicos se reintegrarán a sus labores, sin embargo el acta de imposibilidad de acuerdo generada por las partes en conflicto, se constituirá en prueba para una futura reclamación en vía judicial.</p>
Garantías para los trabajadores	<p><b>Permanencia en las instalaciones.-</b> Los huelguistas podrán permanecer en la empresa (pública) o institución en donde laboran, vigilados por la policía.</p> <p><b>Prohibición de emplear servidores sustitutos.-</b> Durante la huelga, el trabajo no podrá reanudarse por medio de la contratación de servidores sustitutos, bajo ningún tipo o</p>



	<p>modalidad de contrato, hacerlo será causal de destitución de la máxima autoridad o representante legal de la institución o empresa pública y de acción de oficio de Contraloría General del Estado y de la Fiscalía.</p> <p><b>Remuneración durante los días de huelga.-</b> Los servidores públicos tendrán derecho a cobrar su remuneración durante los días de huelga, cuando esta se ha realizada en apego a la ley y estos hayan participado de las actividades de huelga realizadas y convocadas por el sindicato.</p>
Garantías para el Estado	<p><b>Providencias de seguridad.-</b> Producida la huelga la policía tomará las providencias necesarias para cuidar el orden, garantizar los derechos tanto de la máxima autoridad o representante jurídico de la institución o empresa pública como de los servidores y prohibir la entrada a los lugares de trabajo a los agitadores</p> <p><b>Servicios mínimos.-</b> en ningún caso se puede paralizar la prestación del servicio público. Producida la notificación a la máxima autoridad o representante legal de la institución o empresa pública de la declaratoria de huelga, las partes deberán convenir las modalidades de la prestación de servicios mínimos que deberán mantenerse mientras dure la huelga con la permanencia en el trabajo de un número de trabajadores no inferior al cuarenta por ciento de la nómina, a fin de atender las necesidades imprescindibles de los usuarios y precautelar las instalaciones, activos y bienes de la institución o empresa pública, que demanden mantenimiento y atención.</p> <p>A falta de acuerdo, la modalidad de la prestación de los servicios mínimos será establecida por el Ministerio de Trabajo, a través de la direcciones regionales del trabajo, respectivas, la que para el efecto podrá realizar en cada caso, las consultas que estime necesarias a organismos especializados.</p>



Arreglo de huelga	<b>Terminación de la huelga.-</b> La huelga termina por arreglo directo entre máxima autoridad o representante legal de la institución o empresa pública y los y las servidores públicos.
-------------------	---

Elaborado por: Julio Cárdenas.

Fuente: Proyecto de Ley Reformatoria a la LOSEP presentado por el Asambleísta Diego Vintimilla Jarrín.

### 6.1.3. PROPOUESTA DE REFORMA NORMATIVA EN RAZÓN DE ACUERDOS COLECTIVOS DENTRO DEL ÁMBITO ADMINISTRATIVO EN EL SECTOR PÚBLICO.

Debemos expresar que el proyecto de Ley reformativa tratado en el presente capítulo, comenzó a elaborarse antes de la puesta en vigencia de las Enmiendas Constitucionales, y en efecto, la figura que se pensó plantear en un inicio fue la Convención Colectiva (hoy expresamente prohibida por la Constitución para los servidores públicos) que en términos clásicos es el complemento idóneo para los otros derechos de ejercicio colectivo; no obstante, al no estar prohibido por la Constitución el suscribir acuerdos por parte de la administración pública en los términos que hicimos conocer en el capítulo anterior, es decir amparados en el derecho administrativo, y al revisar que en el proyecto de ley no se establece la obligatoriedad para que la administración pública acoja este convenio o acuerdo y que más bien queda a su discrecionalidad, nos ratificamos en la necesidad de incluirlo dentro de la reforma a la LOSEP, modificando eso si la denominación de Convenio Colectivo a Acuerdo Colectivo o la que mejor se considere el organismo legislativo. Traemos a continuación los términos en los que literalmente fue planteado el proyecto.

DE LOS ACUERDOS O CONVENIOS COLECTIVOS	
Consideraciones Generales	Para la suscripción de un Acuerdo o Convenio Colectivo en el sector público, se deberá tener en cuenta las siguientes consideraciones:  1.- Las servidoras y servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva (Suscripción de Acuerdos Participativos),



suscrita por sus respectivos sindicatos y la institución o empresa pública de la que se trate para la determinación de las diferentes formas en las que deberán ejercer sus derechos. La negociación colectiva para efectos de esta ley, viene a ser el acto mediante el cual las diferentes instituciones o empresas del sector público llegan a acuerdos con las representaciones sindicales de los servidores públicos en el marco de la presente ley.

2.- Se podrá convenir a través de Acuerdo o Convenio colectivo (Solo a través de Acuerdo Participativo) sobre condiciones de trabajo y formación de las y los servidores públicos, siempre que esto no implique la erogación de gastos no presupuestados por el Estado, ni la inclusión de sobresueldos, bonos, compensaciones o el reconocimiento de otros derechos que no sean los contemplados en esta ley y la constitución.

3.- Por representación se entiende la facultad de elegir representantes y constituir sindicatos a través de los cuales se instrumente la interlocución entre la administración pública y sus servidores y servidoras.

4.- Por participación institucional, se entiende el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales en los diferentes organismos establecidos en la constitución y las leyes en miras de precautelar los derechos individuales y colectivos de las y los servidores públicos.

5.- Para la suscripción del Convenio Colectivo (Acuerdo Participativo) , se deberá previamente crear un Comité de negociación, integrado por delegados de los sindicatos existentes en la empresa o institución pública, de entre los cuales se elegirá a quien represente a la mayoría de servidoras y servidores públicos, ya sea que éste se pertenezca al sindicato mayoritario o que le apoyen dos o más sindicatos minoritarios pero que representen la mayoría de servidores públicos de esa institución o empresa pública.

En el caso de que el convenio deba ser suscrito por la





	<p>Federación, el llamado a hacerlo a nombre de las y los servidores públicos será el titular de dicha federación. (Este inciso sería poco aplicable, podría ser eliminado)</p> <p>6.- Los procedimientos para determinar condiciones de trabajo en la administración pública.</p>
Contenido	<p>Los convenios colectivos (Acuerdo Participativo) en el sector público, versarán sobre las siguientes consideraciones:</p> <p>a) Riesgos de trabajo: Se podrá convenir colectivamente (acordar participativamente) a través del sindicato, mejoras en las condiciones de trabajo, tales como la entrega de equipos, uniformes, insumos de oficina y demás elementos necesarios para el correcto desempeño de sus funciones, que prevengan enfermedades laborales. Esto se realizará con miras a reducir los riesgos laborales en el corto y largo plazo.</p> <p>b) Movilización Si el servidor o servidora pública, realiza horas suplementarias a la jornada ordinaria diaria, o realiza su trabajo en jornada nocturna, es decir entre las dieciocho horas hasta las siete horas, se podrá convenir a través de la dirigencia sindical de su sector o institución, la responsabilidad de la empresa o entidad pública de movilizarlos desde donde laboran hacia sus residencias al finalizar sus labores; para ello pueden establecerse mecanismos de reposición de gastos, uso de vehículos institucionales o contratación externa del servicio</p> <p>c) Derecho a la formación académica y participación ciudadana: Cualquier servidor o servidora pública, indistintamente si tiene nombramiento o contrato, podrá a través de Convenio Colectivo, acceder al derecho de formarse académicamente en tercer nivel en las</p>



	<p>Instituciones de Educación Superior del país, así como también podrá iniciar sus estudios de cuarto nivel; en los dos casos deberán cumplir con al menos 30 horas de trabajo a la semana. La institución o empresa deberá dar el permiso respectivo siempre que la formación no dure más de 5 años si se tratara de pregrado, o de 2 años si se refiere a posgrado.</p> <p>Así mismo, se podrá convenir (acordar) a través de esta modalidad, la posibilidad de que los servidores públicos participen activamente de los espacios de su organización sindical o gremial o los promovidos por ellos.</p> <p>d) Se deberá convenir (acordar) la suscripción de un seguro de vida cubierto por la empresa o institución pública, en caso de que sus labores impliquen estar expuesto a posibles accidentes, siniestros o contaminación vinculados directamente al ejercicio de sus labores</p> <p>e) El convenio Colectivo (Acuerdo Participativo) establecerá mecanismos mediante los cuales la institución o empresa generará condiciones logísticas para el funcionamiento permanente del sindicato, refiriéndose a uso de espacios, insumos y otros.</p> <p>f) Se podrá convenir colectivamente (acordar participativamente), la designación de funcionarios de las instituciones para apoyar total o parcialmente en las tareas del sindicato.</p> <p>g) Se podrán convenir colectivamente (acordar participativamente) el mecanismos para otorgar y el máximo de horas de representación sindical que tengan los dirigentes del sindicato</p>
--	--



	Se convendrá de manera colectiva (acordará) el ejercicio de los demás derechos establecidos en esta ley.
Estipulaciones salariales	El proyecto de convenio colectivo (acuerdo participativo) , no contendrá cláusulas relativas al incremento de la remuneración mensual establecida por el Ministerio de Trabajo, pago de bonos, bonificaciones, subvenciones y gratificaciones económicas; tampoco contendrán propuestas de incremento de remuneraciones fuera de las establecidas en la escala nacional de remuneraciones mensuales unificadas para sector público.
Presentación del proyecto de Convenio Colectivo.	La o las organizaciones sindicales del sector público que representen al mayor número de servidoras y servidores públicos de su sector o institución, presentará ante el Ministerio del Trabajo, el proyecto de Convenio Colectivo (acuerdo participativo). El Ministerio del Trabajo, con el objetivo de que los requerimientos planteados puedan incluirse en la próxima reforma al plan operativo de la institución o empresa pública de la que se trate, deberá remitir dentro del término de ocho días, el informe favorable del Convenio Colectivo (acuerdo participativo) presentado, siempre que cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley, pudiendo extender el término por 8 días más, en el caso que sea necesario realizar ajustes al proyecto presentado.

Elaborado por: Julio Cárdenas.

Fuente: Proyecto de Ley Reformativa a la LOSEP presentado por el Asambleísta Diego Vintimilla Jarrín.

## 6.2. CONCLUSIONES.

1.- Las enmiendas constitucionales referidas a la unificación del régimen laboral de todos los agentes, ciudadanos o sujetos que ejercen actividad laboral para el Estado, la burocracia en términos más precisos, marcan una diferencia en la región latinoamericana, en donde se continúa con la clásica distinción entre obreros y empleados del sector público, lo que conlleva un



enorme reto para nuestro país y sobre todo para la función legislativa que debe aprobar en el corto plazo una reforma a varias leyes entre ellas la LOSEP.

2.- La reforma a la Ley Orgánica de Servicio Público, debe considerar la modificación o el ajuste, aparte de los derechos colectivos, también de los derechos individuales, que por efectos de la unificación de sus condiciones de trabajo, podrían verse afectados de uno de los principales derechos incluso considerado como derecho humano, como lo es el derecho al Trabajo y su estabilidad.

3.- El ajuste normativo no puede ser una transcripción literal del Código del Trabajo como se observó en el proyecto reformativo presentado por la comisión de Trabajadores, pues a más de usar los insumos que en este cuerpo normativo se establecen respecto a derechos de ejercicio colectivo, se debe generar norma que cumpla, en efecto, con el principio de igualdad en el que sustentó la Corte Constitucional la aprobación de estas enmiendas.

4.- La legislación comparada tiene diferentes matices en lo relativo a los derechos colectivos, no obstante, sería fructífero para la clase trabajadora del sector público, tomar como propias las buenas experiencias que se han tenido en países como Paraguay, Venezuela o Colombia.

5.- Los convenios de la OIT que aún no han sido suscritos por el Ecuador, deberían ser revisados, en medida de que se puedan ratificar las normas de estos que no contravengan a la Constitución.

6.- La convención colectiva de trabajo no debió ser prohibida en la Constitución, puesto que la falta de dicha figura hace dudar de la eficacia que pueda tener el derecho a la sindicalización o el de huelga. Pensamos que debió ser planteada con la salvedad de estipular beneficios económicos. Sin embargo, esperamos que lo propuesto en relación al Acuerdo Participativo pueda ser acogido, sobre todo por la diferente naturaleza jurídica que hemos puesto en evidencia en el presente trabajo.

7.- El sindicato, ha venido siendo desde siempre el espacio en donde se forjan los representantes de la clase trabajadora, pero también han dado paso a que dirigentes se perpetúen en sus cargos, pues por intereses políticos personales



olvidan la responsabilidad que tienen en sus manos; de modo que creemos que al menos en el sector público, para que se puedan formar los sindicatos se deben establecer varias salvedades al momento de otorgar la respectiva personería jurídica, una de ellas la alternabilidad y la paridad de género.

8.- En cuanto a los sindicatos del sector público, hemos propuesto una serie de funciones innovadoras, pero que a la vez son necesarias para el buen desenvolvimiento de un sindicalismo responsable no solo con su sector sino con el país entero, por ejemplo nos referimos a que estos tendrán la responsabilidad de designar delegados de la organización para que participen en cabildos e instancias de participación ciudadana existentes en su respectiva jurisdicción.

9.- Las asociaciones que actualmente existen y que por lo general tienen un carácter lúdico o más vinculado a actividades de confraternidad o de capacitación, no desaparecerán, sin embargo pensamos deben ser claramente diferenciadas para que no se confundan roles con los sindicatos.

10.- La huelga según la propuesta de reforma analizada, tiene un procedimiento distinto a lo que ocurre en el sector privado, no se agotan las instancias, sino más bien se busca que sean expeditas, que la paralización de servicios en el sector público no demore lo suficiente; no obstante será siempre importante pensar en instituir en la misma ley mecanismos para que esta tenga la efectividad que se requiere.

11.- Los principios de interés superior del Estado y Pro trabajador, pueden aplicarse en este caso a la par, puesto que el reconocimiento a la labor de quienes son la pieza fundamental del andamiaje estatal, es decir los empleados públicos, no tiene que ser considerada contraria a la eficiencia de la institución pública en donde labore, al contrario, esto permitiría que el Estado adquiriera eficiencia a través de la correcta actuación de sus trabajadores, que se verán motivados a laborar si es que sus condiciones laborales son buenas.

12.- Finalmente, esta reforma no debe tener visiones políticas a corto plazo, puesto que los derechos de ejercicio colectivo deberán mantenerse a lo largo del tiempo, más allá de cualquier gobierno de turno, pues como ha quedado



## **Universidad de Cuenca.**

demostrado en las referencias históricas de este trabajo, el movimiento sindical, obrero, de trabajadores privados y hasta públicos ha subsistido desde su formación pese a ser constantemente golpeado.



## BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Cerón, Ramiro. (1989) *“La sindicalización en el sector público Caso IETEL”*. Quito: Fundación Ecuatoriana de Estudios Sociales.
- Alba, Víctor. (1964) *“Historia del Movimiento Obrero en América Latina”*. México: Editorial Limusa.
- Álvarez Pereira, Carlos (2010) *“Convención Colectiva del Trabajo”*. En *“Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI”* Tomo II. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS S.A.
- Ayala Mora, Enrique. (1995) *“Resumen de Historia del Ecuador”*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Cabanellas, Guillermo. (2001) *“Diccionario de Derecho Laboral”*. Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Dólleans, Édouard. (1960) *“Historia del Movimiento Obrero”*. Tomo I. Argentina: Editorial Universitaria Buenos Aires.
- Dueñas, Clara. (2009) *“Derecho Administrativo Laboral”*. Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- Enciclopedia ESPASA (1999). España: ESPASA Calpe.
- Garvay Mancheno, Ximena. (2014). *“Los derechos de sindicalización, huelga y negociación colectiva: Su posible aplicación en la función pública ecuatoriana”*(Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador.
- Icaza, Jorge (2008) *“Huasipungo”* Quito: Editorial Ecuador.
- Ledesma, Carlos (2011) *“Derechos sindicales en el Sector Público en América Latina”*. Lima, Perú: s.d.
- Monesterolo, Graciela. (2011) *“Instituciones de Derecho Laboral Colectivo”*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Morales Tobar, Marco (2011) *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.



- Pareja Diezcanseco, Alfredo (1982) *“Los gobiernos de la plutocracia y las nuevas ideas”*. En *“Historia del Ecuador”*. Vol.7. Quito: Salvat.
- Pérez, Efraín (2014) *“Administración Pública Ecuatoriana”*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ponce, Johanna (2011) *“El Sindicalismo Público en el Nuevo Bloque de Constitucionalidad”*. (Tesis de Maestría). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Robalino Bolle, Isabel. (1992) *“El Sindicalismo en el Ecuador”*. Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Robles Lara, Stephanie (2013). *“El Servidor Público”*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vásquez López, Jorge. (2010) *“Derecho Laboral Colectivo”*. Quito: Cevallos editora jurídica.
- Vásquez López, Jorge (2013). *“Derecho Laboral Práctico”* Quito: Cevallos editora jurídica.
- Villada, Jairo (2005). *“La negociación colectiva del sector público: obstáculos y posibilidades jurídicas, organizativas y políticas”*. Medellín: Escuela Nacional Sindical.
- Villegas Arbeláez, Jairo. (2005) *“Derecho Administrativo Laboral”* Tomo I. Colombia: Legis Editores S.A.
- Villegas Arbeláez, Jairo. (2005) *“Derecho Administrativo Laboral”* Tomo II. Colombia: Legis Editores S.A.
- Younes Moreno, Diego. (2001) *“Derecho Administrativo Laboral”* Bogotá: Editorial TEMIS S.A.

Legislación comparada vigente consultada:

- Constitución Organización Internacional del Trabajo. Última reforma que entra en vigor en 1974.
- Convenio 87 de la OIT. 1950
- Convenio 98 de la OIT. 1951
- Convenio 151 de la OIT. 1981





- Convenio 154 de la OIT. 1983.
- Constitución de Paraguay. 1992.
- Ley N° 1626/2000 de Paraguay. s.d.
- Código de Trabajo de Paraguay. s.d.
- Ley N°5908/1994 de Paraguay. s.d.
- Constitución de Perú. 1993.
- Ley de Servicio Civil de Perú. s.d.
- Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Perú. s.d.
- Constitución de Colombia. 1991.
- Decreto Reglamentario 2127 de 1945 de Colombia. s.d.
- Código Sustantivo de Trabajo de Colombia. s.d.
- Decreto Ejecutivo 160 de 2014 de Colombia. s.d.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.
- Constitución Política de Uruguay. 1997.
- Constitución Política de Argentina. 1994.
- Constitución de Chile. 1980.

Legislación ecuatoriana vigente consultada:

- Constitución de la República del Ecuador. 2008.
- Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP. 2010.
- Código de Trabajo de Ecuador. Reformado al año 2016.

Fuentes virtuales:

- Organización Internacional del Trabajo, [www.ilo.org](http://www.ilo.org)
- S.d., [www.historialuniversal.com/2010/09/comuna-de-paris-francia.html?m=1](http://www.historialuniversal.com/2010/09/comuna-de-paris-francia.html?m=1)
- Ministerio de Trabajo de Perú, <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=342&tip=909>

Otras fuentes:

- Dictamen N°001-14-DRC-CC de la Corte Constitucional del Ecuador, 2014.
- Gamonal Contreras, Sergio. (s.d.) *“Revista Laboral chilena”*. s.d.
- Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa del año 1963 (derogada).



- Proyecto de Ley Reformatoria a la LOSEP presentado por el Asambleísta Diego Vintimilla Jarrín. 2016.